

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Travaux, fournitures ou services ?

Van Melsen, Renaud

Published in:
Marchés et contrats publics

Publication date:
2018

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Melsen, R 2018, 'Travaux, fournitures ou services ? La qualification des marchés mixtes, entre objet principal et valeur des composantes', *Marchés et contrats publics*, Numéro 3, p. 505-527.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Travaux, fournitures ou services ? La qualification des marchés mixtes, entre objet principal et valeur des composantes

RENAUD VAN MELSEN

Assistant à l'UNamur

Avocat au barreau de Bruxelles

1. Portée – L'arrêt commenté n'est certes pas le premier à se prononcer sur la qualification de marchés publics dits « mixtes »⁽¹⁾⁽²⁾, lesquels comportent des composantes relevant de différents types de marchés⁽³⁾.

À notre meilleure connaissance, le Conseil d'État y examine cependant pour la première fois⁽⁴⁾, sous l'empire de la loi du 15 juin 2006, la qualification

à apporter à un marché public comprenant à la fois la réalisation de travaux, d'une part, ainsi que la fourniture d'équipements et la prestation de services, d'autre part, et ce à la lumière des précisions fournies par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁽⁵⁾. Cette décision offre des précisions intéressantes dans le cadre des nouvelles

(1) Voy. C.E., 20 décembre 2002, n° 114.052, *Calgon Carbon Corporation*, spec. Pt 3.3.1, s'agissant d'un marché de régénération de charbon actif incorrectement qualifié ; C.E., 18 juin 2009, n° 194.341, *n.v. Janssens*, pt 2.4, décidant qu'un marché portant sur le placement et l'enlèvement de signalisations temporaires ne constitue pas, à première vue, un marché de travaux ; C.E., 8 février 2011, n° 211.108, *b.v.b.a. Restauratieatelier Ruben Willaert*, pts 17 à 20, concernant la (re)qualification d'un marché de restauration comportant des services archéologiques ; C.E., 22 novembre 2011, n° 216.387, *s.a. Aclagro*, quatrième moyen, requalifiant un marché de réhabilitation et d'assainissement d'un site en marché de services ; C.E., 5 avril 2012, n° 218.831, *n.v. Deltronic*, pts 7 et 9, entérinant la qualification de marché de travaux de la pose d'un dispositif permanent de télécommunication et de surveillance pénitentiaires, indépendamment de la fourniture des appareillages et des services y afférents qui sont requis à cet effet ainsi que de la valeur respective de ces différentes prestations ; C.E., 4 mai 2012, n° 219.175, *s.m. Ecoterres-Mourik-Aertssen*, premier moyen, confirmant la qualité de marché de services d'un contrat de réhabilitation et de traitement d'un site pollué ; C.E., 2 avril 2014, n° 226.999, *n.v. Krinkels*, pt 7.4, reconnaissant la nature de marché de services à des missions d'entretien des espaces verts de quartier et d'entretien de quartier, nonobstant les travaux de (re)plantation accessoiries qu'elles impliquent ; C.E., 9 septembre 2014, n° 228.310, *n.v. Deltronic*, pts 10.4 à 10.7 (voy. *supra*) ; C.E., 25 novembre 2014, n° 229.320, *s.p.r.l. TCO Service*, sub IV.2, confirmant la qualification d'un marché de services de confection de repas scolaires ; C.E., 24 août 2016, n° 235.640, *s.a. Cofely Services*, troisième moyen, concernant un contrat de maintenance et de garantie des installations techniques du Centre Hospitalier Universitaire de Liège.

(2) Le présent commentaire s'attache uniquement à la question des marchés publics mixtes au sein d'un même secteur, à l'exclusion d'opérations – ou contrats mixtes – ayant également pour objet des prestations ne relevant pas, en soi, de la réglementation sur les marchés publics ou relevant d'autres secteurs d'activités (sur ces questions, voy. not., en jurisprudence, C.J.C.E., 19 avril 1994, aff. C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, pts 7 et 18 à 25, s'agissant d'une opération portant à la fois sur une cession de biens et l'exécution de travaux d'aménagement et de réfection des installations hôtelières et de jeux dans ces lieux ; C.J.U.E., 6 mai 2010, aff. C-145/08 et C-149/08, *Club Hotel Loutraki e.a. et Aktor A.T.E.*, pts 48 à 59, concernant la privatisation partielle d'une entreprise publique de casino sous la forme d'une cession d'actions couplée à l'exploitation et au réaménagement de l'infrastructure en question ; comp. C.J.C.E., 29 octobre 2009, aff. C-536/07, *Commission c. Allemagne*, pts 7 et 57 à 62 et C.J.U.E., 10 juillet 2014, aff. C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, pts 7 et 42 à 51, portant d'une part sur la réalisation d'un ouvrage et d'autre part sur la location de celui-ci, qui relève d'une exclusion expresse de la directive applicable ; voy. également les articles 3, §§ 3 à 6, et 16 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE – ci-après « la directive 2014/24 » –, les articles 5, §§ 3 à 5, 6, 25 et 26 de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE – ci-après « la directive 2014/25 » – ainsi que les articles 21 à 24 et 104 à 107 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics – ci-après « la loi du 17 juin 2016 »).

(3) Voy. not. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Londres, Sweet & Maxwell, 2010, 2^e éd., pp. 331-340, n°s 6.73-6.83 ; P. FLAMEY et C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten, Algemeen Deel*, A.P.R., Malines, Kluwer, 2017, pp. 737-749, n°s 1652-1686 ; F. VANDENDRIESSCHE et A. CARTON, « Toepassingsgebied », in *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 2016, pp. 111-114, n°s 187-191.

(4) Voy. cependant déjà C.E., 8 février 2011, n° 211.108, *b.v.b.a. Restauratieatelier Ruben Willaert*, pts 17 à 20, concernant la (re)qualification d'un marché de restauration comportant des services archéologiques et C.E., 9 septembre 2014, n° 228.310, *n.v. Deltronic*, pts 10.1 à 10.6, considérant au terme d'une analyse poussée que l'objet principal d'un contrat de fourniture, placement et mise en service d'équipements de surveillance pénitentiaire consiste en la pose de ces appareillages, et non en l'acquisition de ceux-ci ou des services qui s'y rapportent.

(5) Voy. *infra*, n°s 2 et 3.

règles en la matière⁽⁶⁾, qui en sont directement inspirées⁽⁷⁾.

Les faits pertinents de l'affaire peuvent être synthétisés comme suit.

En substance, une collectivité territoriale poursuit l'annulation de la décision de son autorité de tutelle censurant sa délibération lançant un marché public relatif à la conception et la réalisation d'un système de transport intelligent et l'attribution de ce marché, pour cause de qualification inadéquate.

L'enjeu de la question est considérable : comme le rappelle la décision annotée à la suite de la partie adverse, « les règles applicables tant à la passation, telles que les critères de sélection quantitative, qu'à l'exécution diffèrent [en fonction du type de marché en question], et ne peuvent donc être indifféremment appliquées ». Ainsi en va-t-il en particulier de l'exigence d'agrégation, applicable aux seuls marchés de travaux⁽⁸⁾. Dans ces conditions,

l'introduction erronée d'une telle condition peut dissuader certains opérateurs de remettre offre pour un marché auquel ils pourraient néanmoins prétendre eu égard à sa nature véritable.

L'on rappellera également que les seuils de publicité européenne diffèrent selon qu'il s'agit d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services, ceux-ci étant sensiblement plus élevés dans le premier cas⁽⁹⁾.

2. Critère de qualification – Selon les indications prétoriennes fournies par la Cour de justice, lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de *travaux* ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché public, c'est l'*objet principal du contrat* qui détermine le régime juridique applicable⁽¹⁰⁾.

À la différence de contrats comportant uniquement la fourniture de produits et la prestation de services⁽¹¹⁾⁽¹²⁾, la qualification d'un marché portant

(6) Voy. les articles 3, § 2, de la directive 2014/24, art. 5, § 2, de la directive 2014/25 et les art. 21 et 103 de la loi du 17 juin 2016.

(7) Voy. les 11^e et 13^e considérants de la directive 2014/24 et de la directive 2014/25.

(8) Voy. l'article 2 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux. Sur le régime de l'agrégation, voy. not. I. ARNOUITS et D. D'HOOGHE, « Selectie », in *De gunning van overheidsopdrachten*, op. cit., pp. 554-557, n^{os} 844-847 ; P. FLAMEY et C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten, Algemeen Deel*, op. cit., 2017, pp. 737-749, n^{os} 1652-1686.

(9) Dans les secteurs classiques, concernés en l'espèce, ces seuils étaient, à l'époque, fixés à 5.225.000 euros pour les marchés de travaux et à 209.000 euros pour les marchés de fournitures ou de services (art. 32 de l'A.R. du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques – ci-après « l'arrêté royal du 15 juillet 2011 » – tel qu'adapté par arrêté ministériel du 22 décembre 2015). L'article 11 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après « l'arrêté royal du 18 avril 2017 ») retient ces mêmes montants, sous réserve de révision ultérieure conformément à l'article 19 de la loi du 17 juin 2016.

(10) C.J.C.E., 18 janvier 2007, aff. C-220/05, *Auroux e.a.*, pt 37 (renvoyant à l'arrêt du 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, aff. C-331/92, pt 29, qui concernait cependant essentiellement (voy. pt 25) la qualification d'un contrat portant à la fois sur l'exécution de travaux et une cession de biens, non régie par la réglementation relative aux marchés publics) ; C.J.C.E., 21 février 2008, aff. C-412/04, *Commission c. Italie*, pt 47 ; C.J.C.E., 29 octobre 2009, aff. C-536/07, *Commission c. Allemagne*, pt 57 ; C.J.U.E., 26 mai 2011, aff. C-306/08, *Commission c. Espagne*, pt 90 ; C.J.U.E., 10 juillet 2014, aff. C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, pt 41.

(11) La réglementation prévoit en effet un critère de délimitation spécifique à cet égard : voy. l'article 2 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, ci-après « la directive 92/50 » (« Si un marché public a pour objet à la fois des produits au sens de la directive 77/62/CEE et des services au sens des annexes I A et I B de la présente directive, il relève de la présente directive si la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché »), les articles 1^{er}, § 2, d), al. 2, des directives 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, ci-après « la directive 2004/17 », et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ci-après « la directive 2004/18 » (« Un marché public ayant pour objet à la fois des produits et des services visés à l'annexe [XVII] ou II, respectivement) est considéré comme un « marché public de services » lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché »), ainsi que les articles 3, § 2, al. 2, de la directive 2014/24 et 5, § 2, al. 2, de la directive 2014/25 (« En ce qui concerne les marchés mixtes [...] portant en partie sur des services et en partie sur des fournitures, l'objet principal est déterminé en fonction de la plus élevée des valeurs estimées respectives des fournitures ou des services ») et, s'agissant des dispositions de droit interne, les articles 54, alinéa 9, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics et 44, alinéa 6, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, l'article 3, 4^e, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après « la loi du 15 juin 2006 ») et les articles 20, alinéa 2, et 103, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016. Sur cette question et la différence avec les marchés mixtes comportant des travaux, voy. C.J.C.E., 11 juin 2009, aff. C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*, pts 61 à 63 et C.E., 9 septembre 2014, n^o 228.310, *n.v. Deltronic*, pt 10.7. Pour un cas d'application, voy. C.E., 28 octobre 2014, n^o 228.949, *n.v. Canon Belgium*, pts 10.2 à 10.4.

(12) On songe ainsi, en particulier, à des contrats d'acquisition et de (services de) maintien, tels un leasing de photocopieuses avec des prestations de maintenance pendant la durée de mise à disposition ou encore l'acquisition de logiciels doublée de services de développement. Sur ces questions, voy. not. R. HEIJSE et F. VLASSEMBROUCK, « Enkele knelpunten bij de gunning en de uitvoering van ICT-overheidsopdrachten », in *Chronique des marchés publics 2009-2010*, Bruxelles, EBP, 2010, pp. 530-531, n^o 3 ; F. VANDENDRIESSCHE et A. CARTON, « Toepassingsgebied », op. cit., 2016, pp. 113-114, n^o 191.

notamment sur la réalisation de travaux doit dès lors s'opérer au regard de l'objet même de l'opération, le montant respectif des différentes prestations en présence ne pouvant constituer le critère exclusif en la matière⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾.

Cette approche reposait⁽¹⁵⁾ sur une lecture combinée de la définition des marchés publics de travaux et d'un considérant de la directive relative aux contrats de services⁽¹⁶⁾. Selon la Cour, il faut y voir également une conséquence des seuils spécifiques régissant les marchés de travaux et d'une volonté d'éviter que l'application des directives soit contournée en qualifiant improprement une opération de marché de travaux et non de fournitures ou de services⁽¹⁷⁾.

L'appréciation retenue implique de dégager les « obligations essentielles qui prévalent et qui, comme telles, caractérisent [le] marché, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire et sont imposées par l'objet même du contrat »⁽¹⁸⁾.

En droit interne, ce critère résultait uniquement *a contrario*, jusqu'il y a peu⁽¹⁹⁾, de la définition de

marchés publics de travaux⁽²⁰⁾, de fournitures⁽²¹⁾ ou de services⁽²²⁾, sans grande systématisation.

La réglementation prévoit désormais, en ce qui concerne les rapports entre la réalisation de travaux et d'autres types de prestations soumises à celle-ci, qu'« [u]n marché public ayant pour objet la fourniture de produits ou la prestation de services et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation, est respectivement considéré comme un marché public de fournitures ou de services »⁽²³⁾.

3. Exigence d'indivisibilité ? – La question se pose encore de savoir si un pouvoir adjudicateur peut – voire devrait – traiter, et attribuer, séparément les différentes composantes dissociables d'un même marché conformément aux règles qui sont applicables à chacune d'entre elles ou, en d'autres termes, si une qualification unique s'impose uniquement en cas d'indivisibilité de ces parties.

Outre qu'un tel fractionnement irait à l'encontre de l'intention d'assurer l'application la plus large des directives relatives à la passation de marchés publics, pareille approche n'a jamais été retenue par la Cour de justice dans des affaires relatives à l'attribution de marchés mixtes à proprement

(13) Voy. en particulier C.J.C.E., 21 février 2008, aff. C-412/04, *Commission c. Italie*, pts 49 et 50.

(14) Voy. néanmoins les considérations de S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, op. cit., 2010, p. 338, n° 6.80 *in fine* et P. FLAMEY et C. DE KONINCK, *Overheidsopdrachten, Algemeen Deel*, op. cit., 2017, pp. 215-216, n° 452, qui estiment qu'il devrait également s'agir du critère déterminant pour départager les marchés de travaux et de fournitures non connexes. Cette approche est désormais expressément contredite par la nouvelle réglementation (voy. ci-après). Le régime général s'applique à pareils marchés, sous la réserve néanmoins de scission requise par les règles anti-abus (voy. *infra*, n° 3 *in fine*).

(15) La question est désormais réglée par des dispositions expresses codifiant la jurisprudence (voy. *supra*, n° 1 et la note infrapaginale 7).

(16) « Considérant que les marchés publics de services, notamment dans le domaine des services de gestion de propriétés, peuvent dans certains cas inclure des travaux ; qu'il résulte de la directive 71/305/CEE qu'un contrat ne peut être considéré comme un marché public de travaux que si son objet consiste à réaliser un ouvrage ; que, pour autant que ces travaux sont accessoires et ne forment pas l'objet du contrat, ils ne peuvent justifier la classification du contrat comme marché public de travaux » (16^e considérant de la directive 92/50) Voy. également le 16^e considérant de la directive 2004/17 ainsi que le 10^e considérant de la directive 2004/18.

(17) « La règle [de droit national critiquée] a également pour effet de méconnaître les exigences des directives 92/50 [relative aux marchés de services] et 93/36 [relative aux marchés de fournitures], dans la mesure où son application peut conduire à soustraire aux procédures prévues par ces directives certains marchés mixtes, à savoir ceux dans lesquels le montant des travaux, bien qu'accessoires, représente plus de 50 % du prix total, ce dernier restant inférieur au seuil fixé par la directive 93/37 [relative aux marchés de travaux], alors même qu'il atteint les seuils retenus par les directives 92/50 et 93/36 » (C.J.C.E., 21 février 2008, aff. C-412/04, *Commission c. Italie*, pt 51).

(18) *Ibid.*, point 49 ; C.J.U.E., *Commission c. Espagne*, 26 mai 2011, C-306/08, point 91.

(19) Comme indiqué ci-dessus, les nouvelles règles incluent expressément cette exigence, transcrite dans les dernières directives.

(20) Voy., outre les références ci-après, les articles 27, 1^{er} tiret (« [c]e contrat [de travaux] peut comporter en outre les fournitures et les services nécessaires à son exécution ») et 48, 1^{er} tiret, (« [c]e contrat peut comporter à titre accessoire les fournitures et les services nécessaires à son exécution »).

(21) Voy. les articles 5, 2^e tiret ; 27, 2^e tiret, et 48, 2^e tiret, de la loi du 24 décembre 1993 (« [c]e contrat [de fournitures] peut comporter à titre accessoire des travaux de pose et d'installation ») ainsi que l'article 3, 3^e, de la loi du 15 juin 2006 (« [u]n marché public ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation est considéré comme un marché public de fournitures »).

(22) Voy. l'article 3, 4^e, de la loi du 15 juin 2006 (« [u]n marché public ayant pour objet des services [...] et ne comportant [la réalisation de travaux] qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché public de services »).

(23) Articles 20, al. 3, et 103, al. 3, de la loi du 17 juin 2016. Voy. également, en ce qui concerne les marchés de fournitures, les articles 2, § 1^{er}, 8, de la directive 2014/24 et 2, 4), de la directive 2014/25.

parler⁽²⁴⁾, contrairement aux contrats comportant à la fois des prestations soumises à ces directives et des prestations étrangères à celles-ci.

Il résulte par ailleurs des nouvelles règles en la matière qu'un tel examen n'a pas lieu d'être⁽²⁵⁾, du moins d'une manière générale.

Une telle dissociation peut toutefois trouver une application dans l'hypothèse d'un marché conçu en vue d'éviter les règles de publicité européenne et le régime plus contraignant qui en découle⁽²⁶⁾. Il en irait ainsi du fait d'englober dans des marchés de travaux, sans justification, économique⁽²⁷⁾ ou fonctionnelle, aucune, des fournitures ou des services dénués de tout rapport avec ceux-ci⁽²⁸⁾.

4. Applications – Après avoir rappelé les règles applicables et la jurisprudence de la Cour de justice, le Conseil d'État, saisi de la qualification d'un marché public faisant intervenir des travaux mais également des fournitures et des services, s'attache, fort logiquement, à l'analyse de l'objet du marché tel qu'il résulte des dispositions du cahier spécial des charges⁽²⁹⁾.

Il s'agit là par nature d'une appréciation *in concreto* et globale, qui dépend des spécificités de chaque marché et ne peut se laisser guider par la qualification donnée à d'autres marchés antérieurs. L'arrêt commenté rejette dès lors à juste titre, dans

le droit fil de sa jurisprudence usuelle⁽³⁰⁾, la comparaison que la requérante prétendait déduire de précédents contrats, même similaires⁽³¹⁾. Il n'y a en effet pas lieu de s'arrêter à la qualification et au sort réservé à d'autres marchés dont il n'est pas établi qu'ils seraient suffisamment proches de l'opération litigieuse.

En l'occurrence, le marché litigieux comportait un triple *objet* : la collecte de données de mobilité, le traitement de celles-ci et la diffusion d'informations à destination des usagers, en vue d'équiper la collectivité adjudicatrice d'un système de gestion intégrée de transport intelligent.

À cet égard, la Haute juridiction administrative relève que, selon le libellé de l'objet du marché, seule la collecte d'informations englobe la réalisation de travaux, plus particulièrement le placement et l'alimentation de dispositifs de collecte, qui apparaissent accessoires à l'acquisition de ces équipements. Il ne s'agit dès lors pas de l'aspect exclusif ni même principal de cette composante du marché.

L'arrêt souligne encore que l'énumération des missions à confier à l'adjudicateur n'en comprend qu'une seule consistant en des travaux, à savoir à nouveau l'installation des équipements requis.

Selon la Commission européenne⁽³²⁾, la détermination de l'objet principal du contrat implique

(24) Voy. certes les conclusions, du 29 octobre 2009, de l'avocat général Sharpston préc. C.J.U.E., 6 mai 2010, aff. C-145/08 et C-149/08, *Club Hotel Loutraki e.a. et Aktor A.T.E.* : « [s]'agissant d'une procédure de passation de marchés publics comprenant des volets hétérogènes qui, s'ils étaient traités séparément, relèveraient de différents ensembles de règles, la première étape à effectuer est de se demander si un tel traitement séparé aurait effectivement été possible. Dans l'affirmative, tout élément qui, pris séparément, entre dans le champ d'une directive spécifique en matière de marchés publics doit être attribué conformément aux dispositions de ladite directive [...]. Dans la négative, il convient de décider quelles règles appliquer à l'ensemble » (pt 54). Il s'agissait cependant de la qualification d'un contrat mixte comportant non seulement la prestation de services et des travaux accessoires mais également une cession d'actions dans le cadre d'une privatisation partielle d'une société publique chargée de l'exploitation d'un casino, qui est, elle, étrangère aux directives en matière de marchés publics (voy. en particulier les pts 60, 62 et 63 desdites conclusions). D'autres conclusions soulignent par ailleurs que « compte tenu des graves inconvénients qu'il comporte, [le critère de la combinaison, qui appréhende séparément les différentes composantes d'un marché] n'est habituellement pas utilisé » (conclusions, du 8 novembre 2006, de l'avocat général Riuz-Jarabo Colomer préc. C.J.C.E., 21 février 2008, aff. C-412/04, *Commission c. Italie*, pt 33).

(25) Comp. (hors marchés comportant des aspects ayant trait à la défense ou à la sécurité ainsi qu'aux marchés exclus ou non visés) l'article 4, §§ 1, 2 et 3, 4 et 6, de la directive 2014/24, l'article 5, §§ 1 et 2, et 3 à 5, de la directive 2014/25 ainsi que les articles 20 et 103, d'une part, et 21, 104 et 105, d'autre part, de la loi du 17 juin 2016. Voy. néanmoins les douzième et treizième considérants des directives précitées, qui ne sauraient toutefois l'emporter sur le texte clair, et contraire, des directives en question.

(26) Voy. les articles 18, § 1^{er}, al. 2, de la directive 2014/24 ; 36, § 1^{er}, al. 2, de la directive 2014/25 et 5, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

(27) Celle-ci peut tenir à l'existence d'opérateurs actifs sur le marché qui se chargent de ces différentes prestations, permettant au pouvoir adjudicateur de réaliser des économies d'échelle par rapport à une attribution séparée de ces composantes.

(28) Voy. en ce sens les conclusions précitées de l'avocat général Riuz-Jarabo Colomer, pt 33 (visant « le cas des marchés qui, sous une apparence formelle d'unité, regroupent plusieurs ») et S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, op. cit., 2010, pp. 337 et 338, n^{os} 6.78 et 6.80 *in fine*.

(29) Voy. déjà les conclusions, du 15 mai 2014, de l'avocat général Wahl préc. C.J.U.E., 10 juillet 2014, aff. C-213/13, *Impresa Pizzarotti*, pts 71 à 73 ; C.E., 5 avril 2012, n^o 218.831, *n.v. Deltronic*, pt 9 ; C.E., 25 novembre 2014, n^o 229.320, *s.p.r.l. TCO Service*, sub IV.2 ; C.E., 2 mai 2016, n^o 234.618, *s.a. Laurenty Balayage de Voiries – Wegennet*, sub V.2.

(30) Voy. not., en matière de contrôle des prix anormaux, C.E., 17 février 2014, n^o 226.447, *s.a. Galère et s.a. Betonac*, sub IV.2 *in fine*, et en matière de conformité technique, C.E., 16 septembre 2015, n^o 232.210, *s.a. Michelin Belux*, sub V.2.

(31) Voy. pt 5 de l'arrêt annoté.

(32) Voy. le renvoi à cette position dans les conclusions, du 9 décembre 1993, de l'avocat général Otto Lenz préc. C.J.C.E., 19 avril 1994, aff. C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, pt 23.

de recherches l'*objectif principal* poursuivi par le contrat, et partant le résultat attendu par le pouvoir adjudicateur.

Ainsi, un contrat comportant des travaux de réaménagement d'un immeuble et des fournitures d'ameublement constituera en principe un contrat de travaux, l'objectif principal du contrat consistant en une réorganisation fonctionnelle de ce bien où les travaux apparaissent indispensables à cet effet. À l'inverse, la pose d'un paratonnerre constitue un contrat de fourniture, les travaux d'installation n'étant qu'accessoires à l'acquisition de ce dispositif⁽³³⁾.

Qu'en est-il cependant d'un contrat de réalisation d'une fresque murale en mosaïque, qui comporte tant la fourniture des carreaux que la pose de ceux-ci, voire des services de conception de l'œuvre ? Certes, sans faïence, point de fresque mais le placement ne se limite pas à des travaux d'installation ; il implique également un agencement bien spécifique. En pareils cas, la valeur respective des composantes⁽³⁴⁾ pourrait s'avérer un indice utile⁽³⁵⁾ pour trancher entre deux qualifications possibles.

5. Impact des modalités d'attribution – De manière intéressante, la décision annotée prend en considération, pour la qualification du marché litigieux, le contenu des exigences de sélection et des critères d'attribution arrêtés pour l'attribution du contrat. Ces éléments traduisent en effet les préoccupations principales du pouvoir adjudicateur dans l'appréciation des qualités des soumissionnaires et de leur(s) offre(s)⁽³⁶⁾.

Ainsi l'arrêt souligne-t-il que les critères de capacité technique définis⁽³⁷⁾, et plus particulièrement, l'expérience sollicitée, les références à produire à cet effet et les titres d'étude et qualifications des membres de l'équipe, « mettent l'accent sur le service consistant dans la conception et le développement d'un système intégré »⁽³⁸⁾.

S'agissant des critères d'attribution, la requérante faisait valoir qu'un certain nombre d'entre eux, à savoir ceux portant respectivement sur la « qualité et de la complétude des équipements », la « qualité du matériel de diffusion de l'information aux arrêts de bus », l'« intégration urbanistique et paysagère », l'« estimation du coût de fonctionnement », la « pertinence des équipements envisagés et de leur implantation pour la ceinture » ainsi que la « pertinence des équipements envisagés et de leur implantation pour les axes 6, 7 et 8 », visent tous à apprécier le dispositif de collecte et de diffusion des informations à mettre en place et représentent ensemble 55 pourcents des notes à allouer. À son estime, il s'agit dès lors pour l'essentiel d'évaluer le projet global en tant qu'*ouvrage* formant une unité technique et économique et non des services d'élaboration d'un outil de gestion des flux de circulation.

Se fondant sur le descriptif de ces critères dans le cahier spécial des charges, l'arrêt commenté y oppose que les critères en question se rapportent à la qualité de l'équipement ainsi qu'à la conception du système et son efficacité, et que l'implantation, les caractéristiques, l'intégration et les coûts des dispositifs envisagés sont étrangers à la réalisation de travaux⁽³⁹⁾.

(33) S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, op. cit., 2010, p. 338, n° 6.80.

(34) Sur cette question, voy. *infra*, n° 6.

(35) Qui ne peut cependant pas être déterminant à lui seul (*ibid.*).

(36) Voy. not. R. VAN MELSEN et M. VON KUEGELGEN, « Les marchés publics et le développement durable du point de vue environnemental », *Jurimpr.*, 2012, pp. 56-57, n° 4.

(37) Il n'en va bien entendu pas de même de l'exigence d'agrégation, autre critère de sélection (voy. pt 6 *in fine* de l'arrêt annoté), dont l'admissibilité dépend précisément de la qualification litigieuse du marché (voy. *supra*, n° 1 et la note infrapaginale 8).

(38) Souligné par l'auteur.

(39) Comp. toutefois C.E., 18 juin 2009, n° 194.341, *n.v. Janssens*, pt 10.4, exposant que « [h]et resultaat van deze opdracht is immers geen onroerend goed en lijkt ook niet in een reeds bestaand onroerend goed te worden verwerkt aangezien het gaat om tijdelijke signalisatie » et précisant que « [i]n het licht van de definitie zoals opgenomen in artikel 1 van het voornoemde koninklijk besluit van 26 september 1991, lijkt, in tegenstelling tot hetgeen verzoekende partij betoogt, het onderscheid tussen tijdelijke en definitieve signalisatie op het eerste gezicht wel degelijk relevant », laissant ainsi entendre que le placement d'une signalisation définitive constituerait *a priori* un marché de travaux. Il est vrai que l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux définit comme marchés de travaux « les contrats de louage d'ouvrage ayant pour objet :

1° la construction, la démolition, la transformation, l'aménagement ou la réparation de biens immeubles par leur nature ;

2° la construction et le placement, ou le placement d'éléments d'équipement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les biens immeubles. Font corps avec les biens immeubles précités, les éléments d'équipement dont la dépose, le démontage ou le remplacement ne peut s'effectuer sans que ces éléments ne soient fracturés, ou détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie des biens immeubles auxquels ils sont attachés ».

Il reste que le marché litigieux, qui doit s'analyser *in concreto* au regard des dispositions de l'avis de marché et du cahier spécial des charges (voy. *supra*, n° 4), porte sur la qualité et la nature du dispositif proposé, et non sur son placement en tant que tel.

Il y ajoute que « le dispositif de collecte et de diffusion des informations [...] constitue une composante accessoire du marché ». La portée exacte de cette précision est néanmoins difficile à cerner. Faut-il en comprendre que cet aspect pourrait demeurer accessoire quand bien même il représenterait la majorité des points à impartir en vue de l'attribution ? Pareille approche nous paraît difficilement conciliable avec le critère de l'objet principal du marché, qui dépend *in fine* de l'appréciation et du contenu qu'en donne le pouvoir adjudicateur.

À notre sens, l'allocation de la pondération arrêtée par les documents du marché forme uniquement un *indice* – certes non négligeable – qui vient conforter l'analyse précédente ; la recherche de l'objet principal intrinsèque du marché, rendant accessoires les autres composantes, demeure le critère fondamental de qualification.

6. Ventilation des coûts et importance financière – Le pouvoir adjudicateur censuré faisait encore valoir que le coût estimatif des différentes composantes de l'opération litigieuse, approuvé par le Gouvernement de l'autorité de tutelle, ferait apparaître qu'il s'agirait d'un marché de travaux et non de services.

L'arrêt commenté y oppose toutefois que ce grief ne prend en considération qu'une partie des services requis au titre du marché en cause et amalgame indûment les travaux à réaliser et le coût des fournitures impliquées, en sorte que la prétendue prépondérance des premiers n'apparaît pas établie.

L'arrêt précise par ailleurs « qu'il n'y a pas lieu [...] d'examiner si la prise en compte du montant respectif des différentes prestations en présence est de nature à infirmer la qualification déduite de l'objet du marché et confirmée tant par l'énumération des missions figurant dans le cahier spécial des

charges que par les critères de sélection et d'attribution » et laisse ainsi entendre, à raison à notre sens, que cette question devrait encore être examinée si l'estimation des coûts s'avérait exacte.

Il s'agit là en effet de la conséquence de la jurisprudence de la Cour de justice dont il ressort que le critère financier ne peut être le seul à guider la qualification d'un marché mixte impliquant des travaux. Il s'ensuit nécessairement que d'autres critères pourraient venir contredire la qualification qui en découle.

On peut songer ainsi à une situation dans laquelle la valeur estimée respective des prestations apparaît relativement proche et où d'autres circonstances viendraient déterminer la qualification du marché ou encore à l'hypothèse d'un marché où les services, d'entretien par exemple, ou les fournitures à incorporer dans un ouvrage n'auraient pas de sens, ni même d'objet, en l'absence de réalisation des travaux de construction ou de placement⁽⁴⁰⁾, et inversement⁽⁴¹⁾.

7. Place des codes C.P.V. – À la suite de la requérante, le Conseil d'État examine également l'incidence de la mention dans l'avis de marché des codes du Vocabulaire commun pour les marchés publics (*Common Procurement Vocabulary*, ci-après C.P.V.). Il s'agit de la nomenclature couvrant la qualification des différents marchés arrêtés par un règlement européen⁽⁴²⁾ et à laquelle se réfèrent certaines dispositions de la réglementation relative aux marchés publics⁽⁴³⁾.

Le Conseil d'État a déjà eu égard à cette nomenclature pour déterminer⁽⁴⁴⁾ ou conforter⁽⁴⁵⁾ la qualification litigieuse à apporter à un marché public.

L'arrêt annoté décide en revanche à raison qu'il n'y a pas lieu de s'en tenir aux codes mentionnés dans l'avis de marché « dès lors que l'utilisation d'un code par le pouvoir adjudicateur peut être la conséquence d'une erreur de qualification ».

(40) Voy. en ce sens C.E., 9 septembre 2014, n° 228.310, *n.v. Deltronic*, pt 10.6, qui rejette expressément l'incidence d'une part prétendument largement prépondérante des fournitures en raison de son caractère non déterminant et ne relève qu'ensuite, de manière surabondante, différentes considérations de nature à relativiser ces calculs.

(41) Les considérants des directives 2004/17 (16^e considérant) et 2004/18 (10^e considérant) faisaient à cet égard référence à des services de gestion foncière : « Les marchés de services, notamment dans le domaine des services de gestion de propriétés, peuvent, dans certains cas, inclure des travaux. Toutefois ces travaux, pour autant qu'ils sont accessoires et ne constituent, donc, qu'une conséquence éventuelle ou un complément à l'objet principal du contrat, ne peuvent justifier la qualification du contrat comme marché de travaux ». Assez étrangement, les nouvelles directives 2014/24 et 2014/25 ne reprennent pas cette hypothèse pourtant parlante.

(42) Règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV).

(43) Voy. art. 25, 2° ; 28, § 1^{er}, al. 1^{er}, 8° et 10° ; 32 ; 91, al. 1^{er} ; 161, al. 1^{er}, et les annexes I et III de la loi du 17 juin 2016 ; art. 90, al. 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ainsi que celles de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux (ci-après « l'arrêté royal du 18 juin 2017 »).

(44) C.E., 22 novembre 2011, n° 216.387, *s.a. Aclagro*, sub VIII.2 ; C.E., 4 mai 2012, n° 219.175, *s.m. Ecoterres-Mourik-Aertssen* ; C.E., 25 novembre 2014, n° 229.320, *s.p.r.l. TCO Service*, sub IV.2 ; C.E., 2 mai 2016, n° 234.618, *s.a. Laurenty Balayage de Voiries – Wegennet*, sub V.2.

(45) C.E., 5 avril 2012, n° 218.831, *n.v. Deltronic*, pt 9 ; C.E., *b.v.b.a. Total Concept Expo*, 27 mai 2014, n° 227.562, pt 15 ; C.E., 9 septembre 2014, n° 228.310, *n.v. Deltronic*, pt 10.6.

L'entité adjudicatrice qui considère être en présence d'un marché de travaux recourra bien entendu aux codes y afférents, quand bien même cette qualification serait contestable ; ceux-ci ne sauraient partant être déterminants en soi puisqu'ils procéderaient le cas échéant de la même erreur.

8. Application des règles les plus contraignantes – La requérante faisait encore, assez étrangement, valoir d'une part qu'elle avait appliqué les règles les plus contraignantes en publiant, de sa propre initiative, un avis de marché au Supplément du Journal officiel de l'Union européenne alors que la qualification litigieuse de marché de travaux adoptée ne l'y contraignait pas et d'autre part que le régime juridique applicable à pareils marchés est le plus strict en la matière.

À raison, le Conseil d'État relève-t-il que cette circonstance est indifférente et « dépourvue de pertinence à l'égard de la qualification du marché ». Au surplus, nombre d'obligations particulières sont conditionnées par le dépassement du seuil de publicité européenne⁽⁴⁶⁾ et non par une simple publication volontaire, et le régime de l'agrégation, qui restreint la concurrence, ne s'applique qu'aux marchés de travaux⁽⁴⁷⁾.

Cette allégation de la collectivité subordonnée péchait dès lors également par inexactitude.

9. Détour par le principe de sécurité juridique ? – Dans un second moyen, la Ville de Namur faisait en substance valoir que l'autorité de tutelle n'a pas donné suite à ses observations consécutives à l'avis préalable, et contraire, de celle-ci⁽⁴⁸⁾ concernant la qualification du marché et qu'elle aurait dès lors violé la légitime confiance qui avait pu naître dans le chef de la requérante en censurant ultérieurement sa décision lançant la procédure de passation et d'attribution du marché à raison d'une qualification inadéquate.

L'arrêt commenté y oppose qu'aucune attente légitime n'avait pu naître du silence de l'autorité de tutelle consécutive à son avis formel quant à la qualification du marché. Il relève également qu'une autorité de tutelle intervient en règle postérieurement à une délibération de l'autorité soumise à ce contrôle et que les observations ultérieures de cette dernière ne comportaient formellement aucune demande de reconsidération ni d'invitation à se prononcer à nouveau.

Plus fondamentalement, nous semble-t-il, le principe général de sécurité juridique, ou de légitime confiance, ne peut aboutir à l'adoption ou au maintien d'une situation contraire à la loi⁽⁴⁹⁾. Dès lors que le premier moyen contestant la qualification retenue par l'autorité de tutelle apparaît non fondé, cette circonstance aurait à notre sens dû conduire au rejet du second moyen.

La décision du Conseil d'État tient à sa conception particulière – et selon nous discutable – du principe de légitime confiance et de ses conditions d'application qui, comme le rappelle l'arrêt annoté, sont classiquement au nombre de trois⁽⁵⁰⁾ : une erreur de l'administration, une attente légitimement suscitée à la suite de cette erreur et l'absence d'un motif grave permettant de revenir sur cette reconnaissance.

L'absence de réserve expresse quant à l'illégalité de la situation s'articule par ailleurs difficilement avec la position du juge de l'excès de pouvoir dans le domaine voisin du principe d'égalité. L'on sait que celui-ci considère que la règle d'égalité ne peut conduire à conférer à un administré un avantage contraire à la loi, quand bien même d'autres en auraient – indûment – bénéficié. Cette conception, souvent résumée par l'adage « pas d'égalité dans l'illégalité »⁽⁵¹⁾, entraîne le rejet de la rupture d'égalité dénoncée dès qu'il apparaît que la solution

(46) Voy. not. les articles 56, § 1^{er} ; 67, § 1^{er}, dernier al. ; 79, § 3 ; 81, § 4 ; 94 ; 136, § 1^{er} et 153, 1^o, de la loi du 17 juin 2016, 36, § 3, al. 4 ; 38, § 3, et 90, al. 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ainsi que 44, § 3, al. 4, et 46, § 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017.

(47) Voy. *supra*, n° 1 et note infrapaginale 8.

(48) Cette consultation préalable a pris place en-dehors des procédés de tutelle à proprement parler prévus par la loi, la requérante exposant à cet égard qu'elle « a pris l'initiative, bien qu'elle n'y était pas légalement tenue, de transmettre le projet de cahier spécial des charges relatif au marché public de travaux portant sur la conception et la réalisation d'un système de transport intelligent à la partie adverse, en sa qualité d'autorité de tutelle, pour avis ».

(49) Voy. not. Cass., 1^{er} mars 2010, *Pas.*, 2010, n° 139, concl. Av. gén. MORTIER ; Cass., 14 janvier 2016, *Arr. Cass.*, 2016, n° 26 et concl. Av. gén. THIJS ; L. DE BRIEY et R. VAN MELSEN, « Les incidences des réformes en matière de permis dérogatoires », *Jurimpr.*, 2009, p. 135, n° 30.

(50) C.E., *Mahieu*, 6 septembre 2010, n° 207.230, pt 26 ; C.E., *b.v.b.a. Smets Investmaatschappij*, 28 juin 2012, n° 220.061, pt 5.10 ; C.E., *Oosterbosch*, 22 janvier 2015, n° 229.956, pt 22 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 859-860 ; R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *patere legem quam ipse fecisti*. Transparence administrative ou principes transparents ? », in *Les principes généraux du droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 106-123, n°s 40-80 ; M. VAN DAMME et A. WIRTGEN, « Het rechtszekerheids- en vertrouwensbegin-sel », in *Begin-selen van behoorlijk bestuur*, Bruges, die Keure, 2006, p. 350, n° 456.

(51) P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2015, pp. 248-249 ; J. JAUMOTTE, « Les principes généraux du droit administratif à travers la jurisprudence administrative », in *Le Conseil d'État de Belgique, cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 629-630, n° 21.3.

recherchée heurte les prescriptions légales⁽⁵²⁾. De même le Conseil d'État a-t-il rejeté le recours dirigé contre un retrait⁽⁵³⁾, à l'appui duquel la partie adverse faisait valoir « qu'il aurait été discriminatoire de ne pas retirer la décision du 17 octobre 2014 par rapport aux autres étudiants ayant été ajournés parce que, comme la requérante, ils ne répondaient pas aux conditions exigées », en considérant que « pendant le délai de précarité des actes administratifs[,] les impératifs de sécurité juridique ne requièrent pas de restrictions au respect de la légalité »⁽⁵⁴⁾.

Nous n'apercevons pas de raison qu'il n'en aille pas de même en matière de sécurité juridique ou de confiance légitime, dès lors que les principes évoqués touchent tous à la cohérence et partant à la prévisibilité de l'action administrative.

La jurisprudence des chambres d'expression néerlandaise paraît fixée en ce sens⁽⁵⁵⁾. Celle des chambres du rôle français se révèle cependant

largement muette sur la question⁽⁵⁶⁾, bien que la doctrine approuve également pareil tempérament⁽⁵⁷⁾.

10. Recours à la procédure d'extrême urgence – L'arrêt commenté ne contient aucune indication quant à l'admissibilité du recours à la procédure d'extrême urgence au bénéfice de laquelle la demande de suspension a en l'espèce été formée.

En matière d'attribution de marchés publics, ce régime est devenu, par voie de disposition légale⁽⁵⁸⁾, la procédure de droit commun pour les demandes de suspension introduites, à telle enseigne que celles formées selon la procédure ordinaire sont irrecevables⁽⁵⁹⁾ et que l'introduction du recours dans le délai légalement prescrit suffit à établir l'extrême urgence⁽⁶⁰⁾.

Ce régime spécifique, et dérogoratoire aux dispositions ordinaires⁽⁶¹⁾, ne s'applique toutefois qu'à l'égard des actes et décisions expressément visés. À défaut, les dispositions générales⁽⁶²⁾ s'appliquent à nouveau pleinement⁽⁶³⁾.

(52) Voy. not., en matière de refus de permis, C.E., 31 août 2007, n° 174.202, s.a. *Cocktail World*, considérant que « l'illégalité commise antérieurement au profit d'un tiers par une autorité administrative ne peut créer dans le chef du requérant, un droit à bénéficier d'une violation de la loi » ou, en matière de marchés publics, C.E., 10 novembre 2015, n° 232.884, s.p.r.l. *Urbs Design*, sub VI.2, dont il se déduit implicitement que le départ d'une première appréciation illégale ne saurait constituer un revirement d'attitude contraire à la continuité et à la cohérence de l'action des autorités publiques.

(53) Sur la parenté entre ces deux questions, voy. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, t. 1^{er}, op. cit., p. 858.

(54) C.E., 27 novembre 2014, n° 229.376, *Bruculeri*, A.P.T., 2015, pp. 281 et s., note A. TRYBULOWSKI, « La théorie du retrait d'acte : erreur imputable, retrait impossible ? », *C.D.P.K.*, 2014, pp. 670 et s., note R. VAN MELSEN, « Une faculté de retrait, même en cas d'erreur imputable à son auteur » et C.E., *Bruculeri*, 20 janvier 2016, n° 233.536.

(55) Voy. not. C.E., 27 janvier 2000, n° 84.964, c.v. *WVI*, pt 2.2.2.2.4 in fine ; C.E., 4 mars 2002, n° 104.270, XXX, pt 4.3.3.2 ; C.E., 27 juin 2002, n° 108.518, *Buyse*, pt 2.3.4 ; C.E., 15 février 2007, n° 167.887, n.v. *Casablanca*, pt 2.1.3.3 ; C.E., 4 février 2010, n° 200.489, n.v. *Decanor*, pts 5.25 et 5.26 ; C.E., *Mahieu*, 6 septembre 2010, n° 207.230, pt 26 ; C.E., 24 novembre 2011, n° 216.430, b.v.b.a. *Lagri*, pt 9 ; C.E., 30 novembre 2017, n° 240.030, n.v. *Goederenbeheer – Gérance des biens*, pt 13 (« *De verwachtingen van de bestuurde mogen niet gegrond zijn op een onwettige praktijk en het recht op rechtszekerheid kan aldus niet worden ingeroepen indien dit leidt tot een beleid dat tegen de wettelijke bepalingen ingaat* »).

(56) Voy. néanmoins C.E., 30 juin 2011, n° 214.317, *Dejalle et Dejalle-Thissen* ; C.E., 12 mars 2013, n° 222.827, *Claeys* ; C.E., 27 mars 2018, n° 241.123, s.a. *Entreprise Jacques Piriot*, sub V.3., (iv), qui fonde toutefois sa décision sur la volonté déclarée du législateur.

(57) P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, op. cit., 2015, pp. 361-362 ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, t. 1^{er}, op. cit., 2012, pp. 859, 861-862 ; R. SIMAR et P. ABBA, « Sécurité juridique, légitime confiance, *pater legem quam ipse fecisti*. Transparence administrative ou principes transparents ? », op. cit., 2017, pp. 116-121, n°s 63-73 ; M. VAN DAMME et A. WIRTGEN, « Het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel », op. cit., 2006, pp. 359-362, n°s 468 et 469.

(58) Art. 15, al. 2, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions (ci-après « la loi du 17 juin 2013 »).

(59) Voy. not. C.E., 5 mars 2013, n° 222.729, s.c.r.l. *Global Design Project and Facility Management* ; C.E., 12 mars 2015, n° 230.501, s.p.r.l. *Falletta* ; C.E., 11 mars 2016, n° 234.110, s.a. *Blue Planet Promotions*.

(60) Voy. not. C.E., 12 mars 2012, n° 218.425, s.a. *Fermalux*, sub IV.2 ; C.E., 16 avril 2013, n° 223.170, s.a. *Lux Green*, sub V ; C.E., 24 décembre 2015, n° 233.365, s.p.r.l. *Pinchart, Collee & Giuliani*, sub VI.2.C.

(61) Sur celui-ci, voy. not. S. BEN MESSAOUD et I. VAN KRUCHTEN, « Le contentieux de l'attribution des marchés publics à l'aulne de la réforme du Conseil d'État », in *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 398 à 354.

(62) Sur les conditions de celui-ci, voy. not. M. DELNOY, M. LAUWERS et R. SMAL, « L'urgence et les nouvelles conditions du référé administratif devant le Conseil d'État », *C.U.P.*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 261 à 339 ; B. LOMBAERT et M. THOMAS, « La réforme du référé administratif : une réforme « qualitative » ? », *A.P.T.*, 2016, pp. 312-321 ; D. RENDERS et P. LAGASSE, « Voyage en grande diligence au pays de l'extrême urgence », note sous C.E., 29 octobre 2013, n° 225.277, s.p.r.l. *Laaben*, A.P.T., 2014, pp. 242 à 250 ; M. VANDERSTRAETEN et F. TULKENS, « Urgence, extrême urgence, mesures provisoires et balance des intérêts devant le Conseil d'État », in *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 131 à 143 ainsi que A. WIRTGEN, « De hervorming van het administratief kort geding », in *De hervorming van de Raad van State*, Bruges, die Keure, 2014, pp. 229 à 272.

(63) Voy., concernant des concessions non (encore) régies par les dispositions de la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions (art. 3, § 1^{er}, et 69 de la loi), C.E., 7 décembre 2011, n° 216.725, s.a. *Clear Channel* ; C.E., 14 février 2017, n° 237.379, s.c.r.l. *Intermédiance*, sub VI.2.B et C ; et s'agissant d'un marché de services exclu de la réglementation, C.E., 14 décembre 2017, n° 240.196, s.c.r.l. *Intermédiance & Partners et Wambersy*, sub V.2.

La décision querellée ne se range pas parmi les actes visés à l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions⁽⁶⁴⁾. Elle n'émane par ailleurs pas de l'autorité adjudicatrice du marché, à l'égard desquelles les articles 14 et 15 de la loi ouvrent des recours directs.

L'arrêt commenté se borne à considérer à cet égard que « [l]a demande de suspension ne peut en conséquence être accueillie, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'autre condition ni sur la recevabilité de la demande ». Il faut cependant, semble-t-il, inférer de la référence à la disposition générale de l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, et non au régime spécifique institué par la loi précitée du 17 juin 2013, que la demande était régie par les conditions ordinaires et les exigences, de diligence notamment, qui en découlent.

11. Conclusion – Le Conseil d'État a fourni des précisions intéressantes quant à la manière d'appliquer le critère abstrait dégagé par la Cour de justice et désormais légalement consacré, pour qualifier des marchés publics dits mixtes, impliquant tant des travaux que la fourniture d'équipements et/ou la prestation de services au sein d'un même secteur d'activités.

Pareilles opérations doivent recevoir la qualification qui résulte de leur objet principal, entendu comme l'ensemble des obligations essentielles qui résultent ou se dégagent des documents du marché. Cette question doit partant s'analyser *in concreto* au regard des différentes clauses régissant le marché concerné et la qualification donnée par le pouvoir adjudicateur n'est pas déterminante à cet égard, celle-ci pouvant procéder d'une erreur.

Il ressort en substance de l'arrêt commenté qu'outre le libellé du marché et l'examen de ses clauses techniques, déjà retenus par d'autres arrêts, les exigences de sélection qualitative et les critères d'attribution retenus peuvent servir à cet effet, la ventilation des coûts, les codes C.P.V. mentionnés dans les documents du marché ou le sort d'autres marchés insuffisamment similaires n'étant en revanche pas déterminants à cet égard.

Sans doute la question n'a-t-elle guère d'implications s'agissant de la distinction entre marchés de fournitures et de services, régis par des dispositions largement similaires (ce qui explique peut-être l'existence d'un critère de délimitation particulier), même si des différences existent, notamment quant aux hypothèses permettant le recours à la procédure négociée⁽⁶⁵⁾.

Il en va cependant tout autrement en ce qui concerne des marchés de travaux, soumis à des seuils de publicité européenne nettement plus élevés et à des exigences propres d'agrément. L'on ne perdra pas davantage de vue, en se livrant à l'exercice, que la Cour de justice entendait à cet égard que la qualité de marché de travaux, moins largement soumise au droit dérivé de l'Union, ne soit indûment privilégiée pour éluder l'application de ces dispositions. Pensons à cet égard aux travaux, fussent-ils conséquents, qui s'intégreraient dans une mission plus large de services, de recherche ou de gestion immobilière notamment.

La décision annotée n'a pas eu à trancher l'éventuelle discordance qui pourrait surgir entre le libellé de l'objet du marché, ses spécifications, les modalités d'attribution arrêtées et la part financière respective des différentes composantes. À notre sens, les deux dernières considérations constituent plutôt des indices et sont, à ce titre, impuissantes à remettre à elles seules en cause la qualification qui se déduit de l'objet clair du marché litigieux.

Ces différents éléments, dont la conception même du marché, ses exigences de sélection et critères d'attribution, de même que la valeur estimée respective de ses différentes composantes (pour autant qu'elle ne soit pas frappée d'erreur manifeste⁽⁶⁶⁾) apparaissent largement aux mains du pouvoir adjudicateur, sous réserve du respect des dispositions prohibant les fractionnements ou manœuvres injustifiées⁽⁶⁷⁾. Une fois arrêtés, ceux-ci et la qualification, parfois contestable, qui en découle s'imposent en revanche à lui.

Gageons en tout cas que la question livrera encore d'intéressants développements futurs, et l'arrêt à intervenir sur l'action en annulation sera à surveiller si la requérante ne se désiste pas de son recours.

(64) Comp. C.E., 5 juin 2009, n° 193.898, *s.p.r.l. Destrée Organisation*, sous l'empire du régime antérieur à la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

(65) Art. 41, § 1^{er}; 42, § 1^{er}, al. 1^{er}, 2^o à 5^o, et 124, § 1^{er}, 6^o à 12^o de la loi du 17 juin 2016.

(66) Comp. C.E., 16 août 2007, n° 173.992, *t.h.v. Kumpen-Imtech Brandwondencentrum*, pt 5.1.4.2.

(67) Art. 5, § 1^{er}; 24, § 3, al. 4; 49, § 1^{er}; 105, § 1^{er}, et 107, § 3, al. 3, de la loi du 17 juin 2016.

C.E., 24 octobre 2017, n° 239.534, Ville de Namur

- I. Marché public comportant des travaux, des fournitures et des services – Conception et la réalisation d'un système de transport intelligent – Qualification – Critère – Objet principal du marché – Ventilation des coûts – Incidence des critères d'attribution et des exigences de sélection qualitative – Codes CPV
- II. Principe de légitime confiance – Conditions – Absence d'attente légitime
- III. Recours à la procédure d'extrême urgence – Contestation d'une décision d'annulation de l'autorité de tutelle

Extraits

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 septembre 2017, la Ville de Namur demande, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution et, d'autre part, l'annulation de « la décision de la Ministre des Pouvoirs locaux, du Logement et des Infrastructures sportives d'annuler la délibération du Conseil communal de Namur du 15 décembre 2016 d'adopter les conditions et le mode de passation relatif à la conception et la réalisation d'un système de transport intelligent et la délibération du Collège communal de Namur du 29 juin 2017 par laquelle il attribue le marché à l'association momentanée [...] ».

[...]

III. Faits

1. La requérante expose comme suit les faits de la cause :

« [...] »

Souhaitant devenir une Smart City, la Ville de Namur a entendu se doter d'un système de transport intelligent (STI en abrégé) dans le but de centraliser et traiter les données pour informer en temps réel les usagers sur l'accès au centre-ville : trafic, parking, transport en commun, etc.

Concrètement, la Ville de Namur prévoit de placer des dispositifs de récolte et de diffusion de données (caméras de reconnaissance automatique des plaques, capteurs, boucles de comptage, etc.) sur les principaux axes routiers menant à la ville. Des panneaux diffuseront de l'information relative à la circulation et au stationnement. Le STI informera les usagers du mode de transport, de l'itinéraire et de l'endroit de stationnement adéquats dans le but d'encourager les bonnes pratiques en matière de mobilité.

À cet effet, la Ville de Namur a décidé de lancer un marché public et, partant, s'est attelée à rédiger les documents du marché.

[...].

Par un courrier du 30 septembre 2016, la Ville de Namur a pris l'initiative de transmettre le projet de cahier spécial des charges relatif au marché public de travaux portant sur la conception et la réalisation d'un système de transport intelligent à la Région wallonne, en sa qualité d'autorité de tutelle, pour avis facultatif [...].

[...].

Par un courrier daté du 13 octobre 2016, la Région wallonne a, notamment, fait valoir qu'à la suite de l'analyse approfondie de l'objet du marché ainsi que du descriptif des prestations de celui-ci, il serait plus adéquat de qualifier ledit marché de marché public de services et non de marché public de travaux [...].

La Région wallonne a en effet relevé que lorsque des travaux sont accompagnés de fournitures et de services, il convient de déterminer quelle est la prestation principale. Elle a estimé que, dans le cas d'espèce, la fourniture et l'installation des éléments destinés à collecter les informations ne constitueraient qu'un moyen d'atteindre le but principal et final, qui serait de diffuser l'information aux citoyens en temps réel pour influencer leur comportement et de développer une stratégie en matière de mobilité grâce aux données collectées. La Région wallonne en a déduit que l'important ne serait pas les moyens mis en oeuvre pour collecter les informations mais leur utilisation de sorte que l'objet principal du marché en cause porterait sur la prestation d'un service.

L'autorité de tutelle a encore relevé que cette interprétation serait corroborée par les codes CPV utilisés par la Ville de Namur, lesquels seraient des codes relatifs à des services (48000000 et 71322500).

[...].

Par un courrier du 3 novembre 2016, la Ville de Namur a indiqué à la Région wallonne avoir tenu compte de certaines observations que cette dernière avait formulées mais avoir toutefois conservé la qualification de marché public de travaux en raison des éléments suivants [...] :

- la part financière des travaux est bien plus importante que celle des services ;
- la fiche-projet FEDER, approuvée par le Gouvernement wallon en date du 21 juillet 2016, renseigne une part financière relative aux travaux plus importante que celle dédiée aux services [...].

[...].

N'ayant reçu aucune observation de la Région wallonne à la suite de ce courrier, la Ville de Namur a adopté le cahier spécial des charges le 15 décembre 2016 [...].

Un avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications en date du 20 janvier 2017 et au Journal officiel de l'Union européenne en date du 25 janvier 2017 [...].

[...].

En date du 4 mai 2017, la Ville de Namur a réceptionné les offres des 4 soumissionnaires suivants [...] :

[...].

Après avoir examiné l'ensemble des offres, les services de la Ville de Namur ont établi un rapport d'analyse des offres en date du 19 juin 2017 [...].

Le 29 juin 2017, le Collège communal de la Ville de Namur a décidé d'attribuer le marché à l'association momentanée [...].

[...].

La Ville de Namur a ensuite transmis le dossier à la Région wallonne dans le cadre de la mission de tutelle générale qui lui incombe le 4 juillet 2017[...].

Par un arrêté du 4 septembre 2017 la Région wallonne a prolongé le délai pour se prononcer au 19 septembre 2017 [...].

Le 19 septembre 2017, la Région wallonne a décidé d'annuler la délibération du Conseil communal de Namur du 15 décembre 2016 d'adopter les conditions et le mode de passation relatif à la conception et la réalisation d'un système de transport intelligent et la délibération du Collège communal de Namur du 29 juin 2017 par laquelle il attribue le marché à l'association momentanée [...].

Il s'agit de l'acte attaqué ».

2. L'acte attaqué est motivé notamment comme suit :

« Considérant que le présent marché vise la conception et la réalisation d'un système de transport intelligent, c'est-à-dire la conception et le développement d'une solution globale permettant de gérer de façon dynamique la mobilité à l'échelle de la Ville de Namur, comprenant tous les dispositifs de collecte d'information, le traitement des données relatives à la mobilité et leur gestion intégrée en vue

de la diffusion d'informations, tant pour les usagers que les gestionnaires ;

Considérant que le pouvoir adjudicateur qualifie le marché de marché de travaux ;

Considérant qu'un marché public de travaux se définit comme un marché portant soit sur la réalisation, soit sur la conception et l'exécution de travaux relatifs à un ouvrage soit encore sur la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ;

Considérant qu'un ouvrage se définit comme le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ;

Considérant que les documents du marché prévoient, à titre de critères d'attribution :

- o Qualité du système de gestion intégrée (45 points)
 - Qualité des données et de leur traitement (20 points)
 - Qualité et complétude des équipements (15 points)
 - Qualité du matériel de diffusion de l'information aux arrêts de bus (5 points)
 - Qualité (contenu et forme) des tableaux de bord proposés pour les citoyens et les gestionnaires (5 points)
- o Stratégie détaillée sur un axe (30 points)
 - Stratégie et moyens déployés sur un axe (15 points)
 - Intégration urbanistique et paysagère (8 points)
 - Estimation du coût de fonctionnement (7 points)
- o Prestations additionnelles en matière d'informatique (5 points)
- o Qualité des propositions pour les tranches conditionnelles (20 points)
 - Pertinence des équipements envisagés et leur implantation pour la ceinture (10 points)
 - Pertinence des équipements envisagés et de leur implantation pour les axes 6, 7 et 8 (10 points)

Considérant que les critères d'attribution visent à évaluer la solution proposée par chaque soumissionnaire ;

Considérant que le marché porte davantage sur la conception, certes assortie de sa réalisation, d'un système que sur la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur ;

Considérant que la fourniture et l'installation d'éléments destinés à collecter des informations ne constituent qu'un moyen d'atteindre l'objectif

principal et final, qui est de diffuser de l'information en temps réel aux usagers afin d'influencer leur comportement et de développer une stratégie en matière de mobilité grâce aux données collectées ;

Considérant que les travaux et moyens matériels mis en oeuvre pour collecter les informations ne constituent pas l'objet principal du marché, celui-ci portant en fait sur l'utilisation des données ainsi collectées afin de gérer la mobilité ;

Considérant que la fourniture et le placement d'outils de collecte ne constitue[nt] que l'accessoire de l'objet principal qui constitue quant à lui une prestation de services ;

Considérant dès lors que le marché constitue un marché de services et non de travaux ;

Considérant que les règles applicables tant à la passation, telles que les critères de sélection qualitative, qu'à l'exécution diffèrent et ne peuvent donc être indifféremment appliquées ;

Considérant qu'en qualifiant de travaux un marché de services, le pouvoir adjudicateur viole l'article 3 de la loi du 15 juin 2006 ;

Considérant, en conséquence, que la délibération du Conseil communal du 15 décembre 2016 est illégale ;

Considérant, en ce qu'elle se fonde sur une délibération illégale, que la délibération précitée du Collège communal du 29 juin 2017 est également illégale ».

[...]

V. Du caractère sérieux des moyens

V.1. Premier moyen

A. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris :

- « • de la violation des articles L3121-1 et L3122-1 et suivants du Code de la démocratie locale et de la décentralisation ;
- de la violation de l'article 3 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ;
- de la violation des documents du marché et, notamment, des dispositions du cahier spécial des charges décrivant l'objet du marché ;
- de la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de bonne administration, du devoir de minutie, du principe de proportionnalité et

du principe de l'exercice raisonnable des pouvoirs ;

- de l'erreur manifeste d'appréciation ;
- et de l'excès de pouvoir ».

La requérante reproche à la partie adverse d'avoir annulé les délibérations des 15 décembre 2016 et 29 juin 2017 au motif que le marché en cause serait un marché public de services et non de travaux alors que l'objet du marché porte bien sur le placement de dispositifs de collecte et de diffusion d'informations et, par voie de conséquence, sur des travaux.

Après avoir rappelé les principes applicables en soulignant notamment que la qualification d'un marché mixte comprenant notamment des travaux est déterminée par la recherche de l'objet principal du contrat, en se fondant non seulement sur l'objet du marché mais également sur l'estimation des coûts de ses différentes composantes, elle expose ce qui suit :

« a) Objet principal du marché en cause

[...].

En l'espèce, il résulte du cahier spécial des charges n° V 1175bis (pièce 15) que le marché en cause porte sur la conception et la réalisation d'un STI.

Ainsi, l'Exposé du projet précise que le marché "a pour objet d'équiper la Ville de Namur d'un Système de Transport Intelligent, c'est-à-dire de concevoir et de développer une solution globale permettant de gérer de façon dynamique la mobilité à l'échelle de la Ville, et qui comprend tous les dispositifs de collecte d'information, le traitement des données relatives à la mobilité et leur gestion intégrée en vue de la diffusion d'informations, tant pour les usagers que pour les gestionnaires.

La collecte d'information n'est pas une fin en soi mais est indispensable pour répondre aux objectifs suivants" (article I.1. du cahier spécial des charges, p. 8).

Le cahier spécial des charges précise encore que "par 'conception', le pouvoir adjudicateur entend toutes les prestations d'une mission complète d'auteur de projet. Par 'réalisation', le pouvoir adjudicateur entend la livraison de tous les équipements, la réalisation complète de tous les travaux et la prestation des services permettant à l'ensemble de fonctionner" (article II.1 "Objet du marché", p. 12).

Comme indiqué au point II.1 du cahier spécial des charges, "les missions comprendront à la fois la conception du STI, sa mise en oeuvre et la maintenance y afférente sur quatre ans.

Les missions correspondantes se décomposent comme décrit ci-après :

- Conception / Étude du STI ;
- Mise en oeuvre du STI :
 - l'obtention de toutes les autorisations nécessaires ;
 - la fourniture du matériel : caméras, panneaux à messages variables fixes et mobiles (en option), capteurs de qualité de l'air et tout autre matériel nécessaire ;
 - les travaux relatifs au placement des équipements ;
 - le développement de tous les logiciels ;
 - les tests ;
 - la formation des techniciens qui seront en charge du fonctionnement du STI ;
 - la remise de toute la documentation technique ;
 - la mise en service ;
 - le plan de communication ;
- Entretien et maintenance pendant quatre ans".

Le cahier spécial des charges souligne enfin que « le STI doit cependant pouvoir fonctionner et rencontrer les objectifs du pouvoir adjudicateur sans l'intégration de ce type de données (l'étude en phase conception devra déterminer l'intérêt de ce complément et son coût). En outre, la Ville de Namur se réserve le droit de compléter et comparer les données du STI en élaborant des partenariats avec des acteurs de type *Coyote*, *Waze*, *Google*... ».

[...].

Il s'agit donc d'un marché mixte portant à la fois sur la réalisation de travaux, la livraison de fournitures et sur la prestation de services.

« Concrètement, il s'agit de mettre en place, sur les principaux axes de pénétration dans Namur, des dispositifs de récolte des données de circulation (caméras de reconnaissance automatique de plaques d'immatriculation, boucles de comptage, capteurs, ...) et des équipements de diffusion de l'information (panneaux à messages variables, bornes d'informations aux voyageurs TEC, ...). Ces équipements sur les routes seront complétés par un système de gestion avec tableau de bord pour le gestionnaire et pour les usagers avec des données en open data pouvant être récupérées et valorisées par des tiers au service de la population.

Outre les données générées par les dispositifs mis en place, le STI permettra aussi de récupérer les données déjà existantes à la Ville (travaux, parkings en ouvrage, ...) ou externes (TEC, Li Bia Velo, ...). Toutes ces données seront centralisées

et traitées afin de donner une information fiable en temps réel aux usagers comme aux gestionnaires » (<http://www.pavillon-namur.be/les-projets/systeme-de-transport-intelligent-sti>).

Ce dispositif sera la propriété de la Ville de Namur et sera géré soit par ses services soit par un tiers.

[...].

La partie adverse fait une lecture erronée des documents du marché lorsqu'elle considère que le but principal du projet serait de diffuser de l'information aux citoyens en temps réel pour influencer leur comportement et de développer une stratégie en matière de mobilité grâce aux données collectées de sorte que la fourniture et l'installation des éléments destinés à collecter les informations ne seraient qu'un moyen d'atteindre ce but.

Comme exposé ci-dessus, l'objet principal du marché – à savoir ce sur quoi porte la commande effective de la partie requérante – est la mise en place d'un dispositif de collecte et de diffusion d'informations et vise donc le volet « réalisation » du marché.

La diffusion des informations collectées et le développement d'une stratégie en matière de mobilité sur la base des informations reçues ne sont que l'accessoire de la mise en place du dispositif commandé par la partie requérante et le complètent.

La partie requérante en veut pour preuve qu'elle a fait le choix de communiquer toutes les données en « open data » pour que chacun puisse les récupérer et les diffuser. Par contre, la diffusion sur des panneaux à message variable le long des voiries et aux arrêts de bus est un élément important du marché qui implique des équipements routiers et du génie civil.

La partie requérante en veut encore pour preuve que la gestion et l'exploitation des informations ne sont pas intégrées dans le marché en cause mais seront prises en charge par les services de la partie requérante elle-même, comme cela résulte des articles IV.2.4.4 (selon lequel « Le gestionnaire du système sera la Ville de Namur ») et IV.2.5 (« Un forfait pour la formation des agents intervenant dans le STI doit être proposé par le soumissionnaire [service Mobilité et service de l'Équipement urbain] ») du cahier spécial des charges.

Force est encore de constater que la partie adverse reste en défaut de préciser dans quelle catégorie de services au sens de l'Annexe II de la loi du 15 juin 2006 il convient de classer le marché en cause, preuve s'il en fallait encore que le marché lancé par la partie requérante ne porte pas sur des services mais bien sur des travaux.

[...].

À suivre le raisonnement de la partie adverse, tous les marchés de travaux devraient être requalifiés de marchés de fournitures ou de services puisque la réalisation de travaux est systématiquement justifiée par la poursuite d'un objectif. Ainsi, un pouvoir adjudicateur ne construit une école que pour dispenser un enseignement ou ne réalise des travaux d'infrastructure routière que pour permettre la circulation des usagers de la route.

[...].

Il est piquant de constater que la partie adverse elle-même a qualifié de « marché public de travaux » un marché portant sur le remplacement et modernisation des caméras de surveillance et de la supervision.

En effet, selon le cahier spécial des charges O2.04.03-12H48 établi par la DGO2 (Direction générale opérationnelle de la mobilité et des voies hydrauliques), doit être qualifié de marché public de travaux le marché ayant pour objet « le remplacement et la modernisation de l'ensemble des caméras de surveillance installées sur les installations hydrauliques de la direction opérationnelle de la gestion des équipements des voies hydrauliques de l'Escaut (DO243). Les caméras existantes ont fait leurs temps. À présent, leur maintenance devient difficilement réalisable par le manque de pièces de rechange et le caractère « obsolètes » de celles-ci. Afin de veiller au mieux à la qualité et au bon fonctionnement des systèmes de surveillance sur les différents ouvrages présents sur l'ensemble des sites de ce présent marché tout en garantissant une maintenance efficace, il a été décidé de remplacer et moderniser l'ensemble des caméras. De nouvelles caméras seront également ajoutées ».

Ce marché comprend, notamment :

- les études préalables, l'établissement des plans ;
- les démarches administratives ou informatives concernant le chantier notamment en ce qui concerne les demandes d'interruption ou de restriction de la navigation ou de la circulation routière ;
- la fourniture de caméras mobiles, fixes et leurs installations ;
- la fourniture et l'installation de nouveaux systèmes de supervision complète (postes opérateurs, écrans, serveur, ...) ;
- le placement de fibres optiques dans des gaines existantes ;
- la pose, le tirage de câbles, soufflage de fibres optiques, en tranchée et diverses traversées éventuelles entre les différents équipements (pont(s), caniveau(x), traversée(s) sous fluviale, ...) ;

- les percements, saignées, fourreaux, fermetures coupe-feu et ragréages éventuels ;
- les raccordements corrects au niveau des caméras et des locaux techniques ;
- la fourniture des logiciels et la programmation de ceux-ci sur site ;
- les tests et mise en service des installations ;
- la fourniture du dossier as-built avec les plans, notices d'emploi, fiches techniques des installations ainsi qu'un plan de maintenance des installations et intégration de ces documents dans la base de données de la DO243 ainsi que dans la G.M.A.O. ;
- la fourniture des pièces de réserves permettant les entretiens ainsi que la maintenance préventive des installations pour une période de 5 ans ;
- la fourniture de l'outillage particulier nécessaire à l'entretien et à la maintenance des installations ;
- la remise en ordre générale du chantier ;
- l'écolage du personnel ;
- ...

L'analyse de ce cahier spécial des charges fait apparaître que l'objet du marché de la DGO2 ne diffère pas, dans ses composantes, du marché lancé par la partie requérante.

L'objet final du marché de la Région wallonne est pourtant de permettre « aux éclusiers de bénéficier d'un système de surveillance plus adapté et plus efficace. Il garantira ainsi le bon fonctionnement des installations. Il apportera également aux différents bateliers un sentiment de sécurité plus important et ce surtout dans des conditions difficiles telles que la navigation nocturne ».

Selon le raisonnement suivi par la partie adverse dans l'acte attaqué, ce marché aurait dû être requalifié de marché public de services en raison de l'objectif poursuivi. Or, il appert que la DGO2 a manifestement tenu un raisonnement identique à celui de la partie pour conclure que, dans pareilles circonstances, l'objet principal du marché porte sur la mise en place d'un dispositif de surveillance.

[...].

Dans le même ordre d'idées, la Zone de Police 5344 a lancé un marché public de travaux portant sur la fourniture et l'installation de caméras de surveillance et d'un réseau de transmission de données.

[...].

Dans son courrier du 13 octobre 2016, la partie adverse a encore relevé que les Codes CPV utilisés par les documents du marché seraient des Codes propres aux marchés publics de services et non aux marchés publics de travaux.

Force est de constater que les avis de marché publiés au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, le Code CPV principal est le Code 45316210 applicable aux marchés publics de travaux (Installation de matériel de contrôle du trafic routier).

Les Codes CPV accessoires sont les Codes suivants :

- Code 349230000 : équipement de contrôle de la circulation routière – fournitures ;
- Code 34996000 : équipement de contrôle des parcs de stationnement – fournitures ;
- Code 45320000 : travaux d'équipement électrique – travaux ;
- Code 48000000 : logiciels et systèmes d'information – fournitures ;
- Code 72000000 : services de technologies de l'information, conseil, développement de logiciels, internet et appui – services.

Au vu des Codes CPV énoncés dans les avis de marché publiés par la partie requérante, il appert que l'objet principal du marché en cause a bien trait à des travaux d'installation de matériel de contrôle du trafic routier et, partant, à des travaux. À titre accessoire, le marché porte sur des travaux (travaux d'équipement électrique) ; des fournitures (équipement de contrôle de la circulation routière – équipement de contrôle des parcs de stationnement – logiciels et systèmes d'information) et, pour une infime partie, sur des services (services de technologies de l'information, conseil, développement de logiciels, internet et appui).

L'argument de la partie adverse est dès lors irrelevant en ce qu'il se fonde sur l'analyse des Codes CPV énoncés dans les documents du marché puisque ceux-ci confirment que le marché lancé par la partie adverse est bien un marché public de travaux.

À supposer que la qualification du marché en cause doive reposer sur une analyse des Codes CPV, force est de constater qu'il aurait éventuellement pu être qualifié de marché de fournitures mais en aucun cas de marché de services dans la mesure où la proportion des services est infime par rapport aux travaux et aux fournitures.

[...].

La partie adverse se fonde enfin sur les critères d'attribution prévus par le cahier spécial des charges pour en déduire que la partie requérante a en réalité voulu apprécier « la solution proposée par chaque soumissionnaire » et, par voie de conséquence, sur la conception du système davantage que sur sa réalisation.

Pour rappel, les critères d'attribution sont les suivants :

- Critère 1 : Qualité du système de gestion intégrée 45
 - o Qualité des données et de leur traitement 20
 - o Qualité et complétude des équipements 15
 - o Qualité du matériel de diffusion de l'information aux arrêts de bus 5
 - o Qualité (contenu et forme) des tableaux de bord proposés pour les citoyens et les gestionnaires 5
- Critère 2 : Stratégie détaillée sur un axe 30
 - o Stratégie et moyens développés sur un axe 15
 - o Intégration urbanistique et paysagère 8
 - o Estimation du coût de fonctionnement 7
- Critère 3 : Prestations additionnelles en matière d'informatique 5
- Critère 4 : Qualité des propositions pour les tranches conditionnelles 20
 - o Pertinence des équipements envisagés et de leur implantation pour la ceinture 10
 - o Pertinence des équipements envisagés et de leur implantation pour les axes 6, 7 et 8 10

Les critères d'attribution tendent, contrairement à ce que soutient la partie requérante, à apprécier le dispositif de collecte et de diffusion des informations à mettre en place. En effet, ces critères portent sur 55 points sur 100 (Qualité et complétude des équipements ; Qualité du matériel de diffusion de l'information aux arrêts de bus ; Intégration urbanistique et paysagère ; Estimation du coût de fonctionnement ; Pertinence des équipements envisagés et de leur implantation pour la ceinture ; Pertinence des équipements envisagés et de leur implantation pour les axes 6, 7 et 8).

Les critères d'attribution portent dès lors davantage sur les travaux à réaliser que sur la qualité des services et fournitures et l'ensemble des critères permettent d'apprécier le projet global en tant qu'ouvrage formant une unité technique et économique.

[...].

Il ressort de la fiche-projet « NAMUR INNOVATIVE CITY LAB » adoptée par le Gouvernement wallon le 21 juillet 2016 que « le projet global est d'équiper la Ville de Namur d'un Système de Transport Intelligent (STI) innovant, intégré et multimodal. S'inscrivant pleinement dans les priorités européennes, le STI au niveau namurois se traduirait

par plusieurs projets interdépendants où l'un et l'autre contribuent à la création du système global.

Concrètement, la mise en place d'un STI au niveau namurois se concrétisera au travers des projets suivants :

- Mise en place d'un dispositif de collecte d'informations notamment par des caméras de trafic intelligentes et, complémentirement, l'acquisition de données auprès d'opérateurs mobiles afin de compléter l'analyse des flux de circulation ;
- Équipement d'abribus "intelligents" ;
- Développement d'une interface Web et d'applications mobiles ;
- Placement de panneaux dynamiques fixes et mobiles liés à la mobilité urbaine ».

Les dépenses relatives au projet sont réparties selon des rubriques et sous-rubriques spécifiques.

Ce marché est repris, plus particulièrement, dans les rubriques suivantes de la fiche-projet définitive :

- Frais d'équipement – Équipements informatiques et logiciels non standards

« ... En matière de mobilité et plus particulièrement pour le Système de Transport Intelligent (STI), il s'agit de concevoir et de développer une solution globale spécifique à Namur permettant de gérer de façon dynamique la mobilité à l'échelle de la ville : logiciels de récolte et traitement des données fournies par les différentes sources (caméras intelligentes, données des transports en commun, parkings, données relatives à la qualité de l'air, ...) et applications pour la diffusion de l'information aux usagers via différents canaux (panneaux d'information dynamique, site web, application mobile, ...) ... ».

Poste de dépenses	TOTAL
Conception et développement des logiciels pour le STI	425.000

- Voiries et accès – Équipements urbains – mobilier

« ... En matière de mobilité, il s'agit de dispositifs de collecte d'informations notamment des caméras intelligentes de surveillance du trafic avec le logiciel de traitement des images y compris leur placement et leur maintenance et, éventuellement, d'autres types de capteurs (qualité de l'air, bruit, ...). Une fois les données relatives au trafic collectées et analysées, elles seront retransmises via des panneaux dynamiques fixes situés aux endroits stratégiques de la ville et des panneaux mobiles pour les événements ponctuels. Il est également prévu d'équiper le

réseau urbain de transport public de panneaux d'information dynamique renseignant le temps pour les bus en temps réel. Le placement et la maintenance sont compris dans le poste. Le poste comprend également le serveur, les ordinateurs et l'interface spécifique pour gérer les informations... ».

Poste de dépenses	TOTAL
Panneaux d'information dynamique pour les transports publics	830.000,00
Panneaux dynamiques fixes et mobiles	705.000,00
Dispositif de collecte d'information	610.000,00

Sur la base de la fiche-projet approuvée par le Gouvernement wallon, il appert que le poste relatif au placement des dispositifs de collecte et de diffusion des informations constitue bien l'objet principal du marché en cause.

[...].

En conclusion, il appert que l'objet principal du marché en cause porte bien sur la réalisation d'un ouvrage destiné à récolter et à diffuser des informations et, partant, doit être qualifié de marché public de travaux.

b) Estimation financière des composantes du marché

[...].

Pour autant que de besoin, il appert qu'en l'espèce, la part financière des travaux est bien plus importante que celle liée aux fournitures ou aux services, ce qui est de nature à confirmer la qualification donnée par la partie requérante au marché en cause.

Pour rappel, l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER a estimé que « s'agissant du montant des prestations, cet élément apparaît, eu égard à la fonction essentielle qu'il remplit – inclure ou non le marché public dans le champ d'application des directives –, comme un critère objectif à ne pas négliger dans le cadre de l'identification de l'objet ou de la prestation principale ».

[...].

À supposer donc que Votre Conseil estime que l'objet du marché en cause, tel qu'il résulte des documents du marché, ne suffit pas de qualifier utilement ledit marché, il convient alors de vérifier l'estimation financière des composantes du marché.

Sur la base du tableau visé au point 24 ci-dessus repris dans la fiche FEDER, telle qu'elle a été approuvée par la partie adverse, renseigne une part financière de travaux bien plus importante que celle dédiée aux services. Il en ressort en effet que la part de travaux représente 83,46 % du projet (2.145.000 EUR) tandis que la part de services ne représente que 16,54 % du projet (425.000 EUR).

[...].

Dans le même sens, il ressort du métré récapitulatif de l'adjudicataire pressenti du marché mettant en exergue la part des travaux et la part des services que les travaux représentent 72,42 % du marché tandis que les services ne représentent pour leur part que 27,58 % du marché.

Cette tendance est confirmée dans les autres offres, comme en atteste le tableau suivant :

	Travaux	Services
Macq-Fabricom	72,42 %	27,58 %
Proximus	67,95 %	32,05 %
Jacops	73,57 %	26,43 %
Spie	73,93 %	26,07 %

c) La partie requérante a appliqué les règles les plus contraignantes

[...].

En tout état de cause, à supposer que la partie requérante se soit trompée – *quod certe non* – et ait mal qualifié son marché, il appert que l'acte attaqué est manifestement déraisonnable, disproportionné et dépourvu de tout effet utile.

En effet, la qualification d'un marché et l'estimation de son montant ont pour objectif de déterminer le régime juridique qui lui est applicable et, notamment, les règles de publicité qui devront être respectées par le pouvoir adjudicateur.

Le seuil de publicité européenne pour les marchés de travaux est bien plus élevé (5.225.000 EUR) que pour les marchés de fournitures ou de services (209.000 EUR) et cet écart pourrait inciter certains pouvoirs adjudicateurs à qualifier un marché de « marché public de travaux » plutôt que de « marché public de services ou de fournitures », précisément pour échapper aux règles européennes de publicité.

Force est de constater que tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce puisque la partie requérante, bien qu'elle ait qualifié son marché de « marché public de travaux » – ce qui lui permettait *a priori* d'échapper à l'obligation de publier un avis de marché au niveau européen – a pris l'initiative de publier un avis de marché tant au *Bulletin des*

Adjudications (20/01/2017) et au *Journal officiel de l'Union européenne* (25/01/2017).

[...].

Ensuite, la qualification d'un marché et l'estimation de son montant doivent permettre de déterminer le mode d'attribution auquel le pouvoir adjudicateur peut recourir. Il en va notamment ainsi des modes d'attribution dits « exceptionnels », tels que la procédure négociée avec ou sans publicité.

En l'espèce, la partie requérante a opté pour un appel d'offres ouvert qui, selon les termes de la loi, est un mode « classique » d'attribution auquel elle peut recourir en toutes circonstances, quels que soient le montant estimé du marché et son objet.

[...].

Enfin, il est unanimement admis que le régime juridique applicable aux marchés de travaux est plus complexe et plus contraignant que celui concernant les marchés de fournitures ou de services.

Force est une fois encore de constater que la partie requérante, en qualifiant son marché de marché public de travaux, s'est obligée à un régime plus contraignant que si elle l'avait qualifié de marché public de services.

d) Caractère manifestement déraisonnable et disproportionné de la décision attaquée

[...].

De tout quoi il résulte que l'acte attaqué méconnaît les dispositions et principes visés au moyen.

Outre que la qualification de travaux correspond à une réalité technique et financière du marché en cause, il appert que la partie requérante n'a pas entendu se soustraire à certaines règles contraignantes de la réglementation relative aux marchés publics, que du contraire (*cf.* points a) à c) ci-dessus).

En annulant la délibération du 15 décembre 2016, ainsi que la décision d'attribution du marché en cause du 29 juin 2017 au motif que le marché en cause aurait été mal qualifié, la partie adverse a dès lors commis une erreur manifeste d'appréciation.

Elle a en outre méconnu l'article 3 de la loi du 15 juin 2016 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Cette disposition définit les notions de marchés publics de travaux et de services et comporte les règles sous-jacentes de qualification d'un marché. La partie adverse a encore méconnu les documents du marché, dont il ressort clairement que le marché en cause doit être qualifié de « marché public de travaux » puisqu'il porte sur la mise

en place, pour la partie requérante, d'un dispositif de collecte et de diffusion d'information en vue de leur gestion ultérieure (dans le même sens : C.E., arrêt n° 130.056 du 1^{er} avril 2004, *POLET*).

[...].

L'acte attaqué est du reste manifestement disproportionné et dépourvu de tout caractère raisonnable.

En effet, en sa qualité d'autorité de tutelle, la partie adverse est amenée à vérifier que l'acte qui lui est soumis ne viole pas la loi ou ne blesse pas l'intérêt général, c'est-à-dire qu'il ne viole pas les principes d'une bonne administration ou n'est pas contraire à l'intérêt de toute autorité supérieure.

Comme il a été démontré ci-dessus, la partie requérante n'a pas méconnu les dispositions de la loi du 15 juin 2006 en qualifiant son marché de « marché public de travaux » puisque cela correspond à une analyse technique et financière de sa commande. À supposer toutefois que tel fût le cas – *quod certe non* – encore convient-il de constater que la partie requérante n'a en tout état de cause pas entendu se soustraire à certaines règles contraignantes prévues par la réglementation.

Dans ce contexte, la partie requérante n'aperçoit pas en quoi elle aurait méconnu l'intérêt général puisqu'elle s'est soumise, d'initiative, à la mise en concurrence la plus étendue en organisant une publicité au niveau européen. Elle a, en outre, eu recours à un mode d'attribution offrant l'accès le plus large aux opérateurs économiques en optant pour l'appel d'offres ouvert. À l'inverse, si elle avait qualifié son marché de « marché public de services », la partie requérante n'aurait pas dû respecter de règles plus strictes et n'aurait pas dû ouvrir davantage la concurrence.

Elle aurait également opté pour un appel d'offres ouvert et pour une publicité européenne.

Force est encore de constater que quatre opérateurs économiques ont déposé une offre, ce qui s'avère être un nombre important de soumissionnaires au regard de la spécificité du marché. Aucun opérateur économique ni aucun soumissionnaire n'a par ailleurs critiqué la qualification donnée audit marché par la partie requérante.

Dans ces circonstances, la partie requérante ne comprend pas la portée de l'acte attaqué et constate qu'il est manifestement disproportionné et déraisonnable puisqu'il implique qu'elle recommence la procédure d'attribution du marché en cause *ab initio* (adoption d'un nouveau cahier spécial des charges modifié ; publication de nouveaux avis de marché ; dépôt de nouvelles offres ; nouvelle comparaison des offres ; adoption d'une nouvelle décision)

alors que la partie requérante ne modifiera pas substantiellement sa demande. En outre, les soumissionnaires connaissent les offres déposées par chacun d'entre eux puisqu'ils se sont vu notifier la décision motivée d'attribution ainsi que le rapport d'analyse des offres, ce qui aura nécessairement une incidence sur la concurrence et sur l'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Enfin et plus fondamentalement, le mode d'attribution retenu sera identique et le marché sera également soumis à la publicité européenne. Néanmoins, entre-temps, il est impossible pour la partie requérante d'entamer les travaux, ce qui l'expose au risque de perdre les subsides FEDER.

L'acte attaqué est dès lors dépourvu de tout effet utile et, à ce titre, disproportionné et manifestement déraisonnable.

[...].

La partie requérante tient enfin à attirer l'attention de Votre Conseil sur le fait que la réglementation relative aux marchés publics ne prévoit aucune sanction en cas de qualification erronée d'un marché. Tout au plus indique-t-elle qu'en cas doute, il convient de retenir les règles les plus strictes.

Dans le même ordre d'idées, « un marché dont le montant estimé était inférieur aux seuils européen et dont l'offre à approuver se révèle supérieure à celui-ci restera soumis aux règles qui lui sont applicables en fonction de l'estimation » (Rapport au Roi de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, *M.B.*, 9 août 2011, p. 44877). Le même raisonnement doit être tenu si un marché reçoit une qualification lors de son lancement et qu'il s'avère, au moment de son attribution, qu'en réalité il eût dû recevoir une autre qualification.

Seule la volonté délibérée du pouvoir adjudicateur d'échapper à certaines règles contraignantes pourrait dès lors être sanctionnée. Or, force est de constater que tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce et que la partie adverse ne le soutient d'ailleurs pas aux termes de l'acte attaqué.

[...] ».

B. Appréciation

1. Selon l'article 3, 2°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, applicable à la présente affaire, un marché public de travaux est un « marché public ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution, de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe Ire de la présente loi [...] ».

L'article 3, 4°, de la même loi du 15 juin 2006, définit le marché public de services comme « un marché public autre qu'un marché public de travaux ou de fournitures, portant sur la prestation de services visés à l'annexe II » de ladite loi, étant entendu qu'un « [...] marché public ayant pour objet des services visés à l'annexe II de la présente loi et ne comportant des activités visées à l'annexe Ire de la présente loi [à savoir des travaux] qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché public de services ».

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est fixée en ce sens que, lorsque lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux et des éléments ayant trait à un autre type de marché, c'est l'objet principal du contrat qui détermine sa qualification, laquelle doit être opérée « au regard des obligations essentielles qui prévalent et qui, comme telles, caractérisent ce marché, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire et sont imposées par l'objet même du contrat, le montant respectif des différentes prestations en présence n'étant, à cet égard, qu'un critère parmi d'autres à prendre en compte aux fins de ladite détermination » (cf. notamment C.J.U.E., aff. C-412/04, 21 février 2008, *Commission c. Italie*).

2. En l'espèce, l'objet du marché est défini comme suit au point II.1 du cahier spécial des charges :

« Le présent marché de conception et de réalisation, a pour objet d'équiper la Ville de Namur d'un Système de Transport Intelligent, c'est-à-dire de concevoir et de développer une solution globale permettant de gérer de façon dynamique la mobilité à l'échelle de la Ville, et qui comprend tous les dispositifs de collecte d'information, le traitement des données relatives à la mobilité et leur gestion intégrée en vue de la diffusion d'informations, tant pour les usagers que pour les gestionnaires.

Par "conception", le pouvoir adjudicateur entend toutes les prestations d'une mission complète d'auteur de projet.

Par "réalisation", le pouvoir adjudicateur entend la livraison de tous les équipements, la réalisation complète de tous les travaux et la prestation des services permettant à l'ensemble de fonctionner ».

Le point I.1 expose le projet en identifiant les trois composantes du marché: la collecte d'information et de données, le traitement de ces données, et que la diffusion d'information aux usagers, en précisant que la collecte d'information « n'est pas une

fin en soi » mais qu'elle est indispensable en vue de « diffuser de l'information aux citoyens en temps réel pour influencer leurs comportements » et de « développer une stratégie en matière de mobilité grâce aux données collectées qui seront des outils d'aide à la décision ».

La seule composante du marché incluant de travaux est la collecte d'information qui, selon le même point du cahier spécial des charges, « comprend la fourniture, le placement et tous les travaux annexes y compris les travaux pour les alimentations et connexions, les tests, la mise en service et la maintenance sur quatre ans de caméras ANPR, de caméras contextuelles, de caméras de vidéosurveillance et/ou de tout autre moyen de récolte d'information (boucles, radars, ...) sur les principaux axes routiers, ainsi que tout le système de contrôle ». Force est de relever que les travaux ne constituent pas l'objet unique de cette composante du marché, mais qu'il résulte de la description contenue dans le cahier spécial des charges qu'ils constituent l'accessoire de l'acquisition des dispositifs et équipements.

Il s'ensuit que l'objet du marché, tel qu'il est décrit dans le cahier spécial des charges, vise essentiellement des prestations de services, à savoir la conception et le développement d'un système de transport intelligent, les travaux constituant l'accessoire de cette composante considérée elle-même comme étant accessoire.

3. Cette conclusion est corroborée par plusieurs éléments.

3.1. D'abord, le point IV du cahier spécial des charges identifie comme suit les missions faisant l'objet du contrat :

« Comme indiqué au point II.1, les missions comprendront à la fois la conception du STI, sa mise en œuvre et la maintenance y afférente sur quatre ans. Les missions correspondantes se décomposent comme décrit ci-après :

- Conception / Etude du STI
- Mise en œuvre du STI :
 - l'obtention de toutes les autorisations nécessaires ;
 - la fourniture du matériel : caméras, panneaux à messages variables fixes et mobiles (en option), capteurs de qualité de l'air et tout autre matériel nécessaire ;
 - les travaux relatifs au placement des équipements ;
 - le développement de tous les logiciels ;
 - les tests ;
 - la formation des techniciens qui seront en charge du fonctionnement du STI ;

- la remise de toute la documentation technique ;
- la mise en service ;
- le plan de communication ;
- Entretien et maintenance pendant quatre ans ».

La seule mission consistant en des travaux est le placement des équipements, qui, dans l'énumération qui précède, n'apparaît en tout cas pas comme étant l'élément principal du contrat.

3.2. Ensuite, les critères de sélection définis par le pouvoir adjudicateur mettent l'accent sur le service consistant dans la conception et le développement d'un système intégré.

Ainsi, s'agissant des critères de capacité technique (point II.9.4), il est indiqué que le soumissionnaire « devra démontrer qu'il présente une expérience en conception et développement de solutions intégrées en matière de mobilité portant à la fois sur la fourniture, la mise en oeuvre d'équipements (caméras, capteurs, panneaux à messages variables) et le traitement de données relatives à la mobilité en vue d'une diffusion en temps réel à l'attention des usagers et des gestionnaires ». Trois références sont demandées relatives, respectivement, à « la gestion du trafic au moyen de caméras », à « l'équipement d'une ville en panneaux dynamiques » et au « traitement et l'intégration de données relatives à la mobilité (multi-modalité) ». En ce qui concerne les titres d'études ou professionnels du prestataire, les exigences portent sur la capacité à développer et à concevoir un STI. En effet, après avoir souligné que « le coeur du STI étant la gestion intégrée de données relatives à la mobilité », le point II.9.4.4. du cahier spécial des charges indique qu'un des membres de l'équipe devrait être en possession « d'un master en informatique ayant des compétences en architecture de logiciel » et qu'il « devra être capable de proposer une architecture générale simple d'utilisation ». Il est indiqué également qu'un autre membre de l'équipe devra disposer de compétences en télécommunication ou présenter une expérience équivalente d'au moins cinq années en la matière et qu'il devra « être capable de proposer et documenter des solutions réseau pour l'échange de données et de connexion des différents appareils et applications simples, claires et sécurisées ».

3.3. Enfin, les critères d'attribution sont définis de la manière suivante :

1. Qualité du système de gestion intégrée (45 points)
 - 1.1 Qualité des données et de leur traitement (20)
 - 1.2 Qualité et complétude des équipements (15)

1.3 Qualité du matériel de diffusion de l'information aux arrêts de bus (5)

1.4 Qualité (contenu et forme) des tableaux de bord proposés pour les citoyens et les gestionnaires (5)

2. Stratégie détaillée sur un axe (30 points)

2.1 Stratégie et moyens développés sur un axe (15)

2.2 Intégration urbanistique et paysagère (8)

2.3 Estimation du coût de fonctionnement (7)

3. Prestations additionnelles en matière informatique (5 points)

4. Qualité des propositions pour les tranches conditionnelles (20 points)

4.1 Pertinence des équipements envisagés et de leur implantation pour la ceinture (10)

4.2 Pertinence des équipements envisagés et de leur implantation pour les axes 6, 7 et 8 (10).

La requérante soutient que les critères repris sous les points 1.2, 1.3, 2.2, 2.3, 4.1 et 4.2, sont ceux qui permettent d'apprécier le dispositif de collecte et de diffusion des informations à mettre en place. Elle constate que ces critères représentent 55 points sur 100, ce qui démontre, selon elle, que les critères d'attribution portent davantage sur les travaux à réaliser que sur la qualité des services et fournitures et que ce qui doit donc faire l'objet d'une appréciation, c'est le projet global en tant qu'ouvrage formant une unité technique et économique.

Cette argumentation ne peut être suivie.

En effet, s'agissant de la qualité et de la complétude des équipements, le point II.10.1.2 du cahier spécial des charges indique que « les données de circulation devront être fournies par le dispositif mis en place (caméras ANPR, cameras contextuelles, boucles, ...) et relayées notamment par des panneaux à messages variables (PMV) », que le soumissionnaire « présentera un carte par axe (axes 1 à 5) avec l'emplacement de toutes les caméras et autres dispositifs envisagés pour la récolte des données ainsi que celui de tous les panneaux dynamiques envisagés [...] afin d'atteindre les objectifs définis dans le document annexé [...], que la qualité de ce volet sera évaluée sur les performances techniques [...], l'esthétique [...] et la lisibilité [...] de l'information » et que « la complétude sera évaluée sur la cohérence quant au nombre d'équipements et à leur association afin d'atteindre les objectifs du pouvoir adjudicateur ». En ce qui concerne la qualité du matériel de diffusion de l'information aux arrêts de bus, le point II.10.1.3 indique les éléments sur lesquels l'appréciation sera faite et qui sont

notamment, par ordre d'importance: la qualité des boîtiers, la simplicité de la configuration et de l'administration, les coûts de maintenance, la qualité des afficheurs, la lisibilité des messages à l'échelle d'un piéton en approche de l'arrêt en toutes circonstances, la simplicité de l'accès à l'afficheur, la durée de vie moyenne de la pile ou de la batterie éventuelle, la simplicité et la rapidité de l'installation etc. Il en résulte que l'appréciation des sous-critères 1.2 et 1.3 porte sur la qualité de l'équipement et de la conception du système.

En ce qui concerne le deuxième critère, il résulte du point II.10.2.2 du cahier spécial des charges que l'intégration urbanistique et paysagère (sous-critère 2.2) a trait à la taille, la hauteur, la couleur, l'accrochage des caméras et panneaux et que l'appréciation à cet égard ne porte pas sur des travaux. Est également étrangère à des travaux l'appréciation du coût de fonctionnement (sous-critère 2.3).

S'agissant du quatrième critère, relatif à la pertinence des équipements envisagés (points II.10.4.1 et II.10.4.2), le soumissionnaire est invité à présenter une carte indiquant « l'emplacement des équipements envisagés afin d'atteindre les objectifs [...] », carte qui sera accompagnée d'une « note [...] justifiant les emplacements choisis et le type d'équipement » étant entendu que la proposition « sera jugée sur la pertinence des équipements proposés et de leur implantation au regard des objectifs à atteindre et de plus value apportée au STI ». À nouveau, l'appréciation ne porte pas ici sur des travaux.

Il s'ensuit que, contrairement à ce que soutient la requérante, les critères tendant à apprécier le dispositif de collecte et de diffusion des informations, lequel constitue une composante accessoire du marché (*supra*, n° 2), ne portent pas sur les travaux à réaliser.

4. La partie requérante allègue par ailleurs que « la part financière des travaux est bien plus importante que celle liée aux fournitures ou aux services », ce qui, selon elle, est de « nature à confirmer la qualification qui a été donnée au marché en cause ». Elle expose que la « fiche-projet FEDER », mentionne, pour le projet en cause, les postes de dépenses suivants (en euros) :

Conception et développement des logiciels pour le STI	425.000
Panneaux d'information dynamique pour les transports publics	830.000
Panneaux dynamiques fixes et mobiles	705.000
Dispositif de collecte d'information	610.000

Elle en déduit que le seul poste relatif à des services, à savoir la conception et le développement des logiciels, représente 16,54 % du projet, la part des travaux s'élevant à 83,46 %.

Force est toutefois de relever que cette ventilation paraît incomplète. En effet, les seuls services pris en considération, pour un montant de 425.000 euros, ont trait au développement des logiciels, ce qui ne représente qu'une partie des services liés à la conception et au développement du « système », comme, par exemple, l'implantation et la pertinence des équipements, l'obtention des permis, l'intégration paysagère. Par ailleurs, le coût des services de communication et de maintenance ne paraît pas non plus avoir été repris. Plus fondamentalement, les montants sur lesquels se fonde la requérante ne font pas la distinction entre le coût des équipements (fournitures) et celui des travaux. Il ne peut donc, *prima facie*, être considéré qu'ils attesteraient d'une prépondérance de la part financière des travaux, en tout cas dans la proportion vantée par la requérante. Pour des raisons similaires, la seule référence que fait cette dernière au métré récapitulatif de l'adjudicataire ou d'autres soumissionnaires ne permet pas non plus d'étayer son affirmation.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu, au stade de la procédure de référé d'extrême urgence, d'examiner si la prise en compte du montant respectif des différentes prestations en présence est de nature à infirmer la qualification déduite de l'objet du marché et confirmée tant par l'énumération des missions figurant dans le cahier spécial des charges que par les critères de sélection et d'attribution.

5. La mention, dans l'avis de marché, de codes « CPV » qui confirmeraient qu'il s'agirait d'un marché de travaux s'avère indifférente dès lors que l'utilisation d'un code par le pouvoir adjudicateur peut être la conséquence d'une erreur de qualification du marché.

De la même manière, il n'y a pas lieu d'avoir égard aux arguments que la requérante estime pouvoir déduire de la comparaison avec d'autres marchés de la Ville de Namur dès lors que l'appréciation de l'objet principal d'un marché se fait *in concreto* eu égard aux spécificités de celui-ci. Ainsi, il n'est pas établi que le marché lancé par la Région wallonne portant sur le remplacement et la modernisation des caméras de surveillance sur les installations hydrauliques tende, comme le présent marché, à concevoir un système, à assurer sa maintenance et à offrir une « solution globale ». Il en va de même du marché lancé par la Zone de police 5344 en vue de la fourniture et de l'installation de caméras de surveillance et d'un réseau de transmission de données.

Il est également indifférent que la requérante ait, comme elle le soutient, appliqué les règles les plus contraignantes, cette circonstance étant dépourvue de pertinence à l'égard de la qualification du marché.

6. En conséquence, la partie adverse a pu raisonnablement considérer que « les travaux et moyens matériels mis en oeuvre pour collecter les informations ne constituent pas l'objet principal du marché, celui-ci portant sur l'utilisation des données ainsi collectées afin de gérer la mobilité », que « la fourniture et le placement d'outils de collecte ne constitue[nt] que l'accessoire de l'objet principal qui constitue quant à lui une prestation de services » et que, dès lors, « le marché constitue un marché de services et non de travaux ».

Contrairement à ce que soutient la requérante, la décision attaquée n'est pas manifestement déraisonnable ou disproportionnée. Ainsi que l'énonce sa motivation, « les règles applicables tant à la passation, telles que les critères de sélection quantitative, qu'à l'exécution diffèrent et ne peuvent donc être indifféremment appliquées ». En l'espèce, il suffit de relever que l'agrégation constitue un critère de sélection. Or, en vertu de l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, les exigences édictées en matière d'agrégation des entrepreneurs ne s'appliquent à l'égard de ceux-ci que lorsqu'ils prétendent à l'attribution de marchés publics de travaux. De la qualification de marché public de services qui doit être retenue à l'égard du marché litigieux et de ce que, pour cette raison, la législation relative à l'agrégation des entrepreneurs ne devait pas être appliquée en l'espèce, il se déduit que l'erreur de qualification a pu empêcher certains candidats potentiels de remettre une offre.

[...]

V.2. Deuxième moyen

A. Thèse de la partie requérante

1. Le second moyen est pris :

- « • de la violation des articles L3121-1 et L3122-1 et suivants du Code de la démocratie locale et de la décentralisation ;
- de la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de bonne administration, de sécurité juridique et de légitime confiance ;
- de l'erreur manifeste d'appréciation ;
- et de l'excès de pouvoir ».

La requérante soutient que le principe de sécurité juridique constitue un principe fondamental du

droit, selon lequel le contenu du droit doit être prévisible et accessible de sorte que le sujet de droit puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise et, partant, anticiper les conséquences, bénéfiques ou inconvénients éventuels de ses actes ainsi que de ses droits et obligations, et qu'en vertu de ce principe, il appartient notamment à l'autorité publique de déterminer clairement sa position en droit et de ne pas laisser sa décision en suspens.

2. S'agissant du cas d'espèce, elle expose ce qui suit :

« [...] ».

Pour rappel, par un courrier du 30 septembre 2016, la partie requérante a pris l'initiative, bien qu'elle n'y était pas légalement tenue, de transmettre le projet de cahier spécial des charges relatif au marché public de travaux portant sur la conception et la réalisation d'un système de transport intelligent à la partie adverse, en sa qualité d'autorité de tutelle, pour avis.

Par un courrier daté du 13 octobre 2016, la partie adverse a donné suite à cette demande d'avis et a, notamment, fait valoir qu'à la suite d'une analyse approfondie de l'objet du marché ainsi que du descriptif des prestations de celui-ci, il serait plus adéquat de qualifier ledit marché de « marché public de services » que de « marché public de travaux ».

Par un courrier du 3 novembre 2016, la partie requérante a indiqué à la partie adverse avoir tenu compte de certaines des observations qu'elle avait formulées mais avoir toutefois conservé la qualification de marché public de travaux, en justifiant sa décision.

N'ayant reçu aucune observation de la partie adverse à la suite de ce courrier, la partie requérante a adopté le cahier spécial des charges, conformément à ce qu'elle avait annoncé dans son courrier du 3 novembre précité.

[...].

Force est de constater que face au silence caractérisé de la partie adverse, la partie requérante a légitimement pu croire qu'elle s'était finalement ralliée à son analyse et validait, par voie de conséquence, la qualification de « marché public de travaux » du marché en cause. Pour rappel, « s'agissant du comportement de l'autorité susceptible de susciter une attente, celui-ci pourra prendre aussi bien la forme d'une action que d'une abstention, pour autant que cette dernière soit circonscrite » (voy. dans ce sens : D. De Jonghe et P.-F. Henrard, « L'actualité des principes généraux du droit administratif et de bonne administration en droit administratif : questions choisies » in X,

Actualité des principes généraux en droit administratif, social et fiscal, Anthemis, Limal, 2015).

Dans le cadre du dialogue établi avec l'autorité de tutelle, la partie requérante lui a en effet soumis les motifs pour lesquels elle estimait que la qualification de marché public de travaux devait être préférée à celle de marché de services. Elle pouvait légitimement s'attendre à ce que l'autorité de tutelle réponde à ce courrier pour lui faire part de son approbation ou, au contraire, du maintien de sa position initiale.

L'absence de réaction de la partie adverse à son courrier du 3 novembre 2017 a dès lors suscité, chez la partie requérante, la croyance légitime que les motifs invoqués pour justifier sa position avaient convaincu l'autorité et, par voie de conséquence, qu'elle pouvait poursuivre la procédure d'attribution sans risque de voir ultérieurement sa décision mise en cause par la partie adverse.

À défaut d'avoir contesté le courrier du 3 novembre 2016, la partie adverse a donc manifestement induit la partie requérante en erreur

[...].

Il est évident que si la partie requérante avait su qu'elle s'exposait au risque de voir sa décision annulée *a posteriori*, lors de l'attribution du marché en cause, elle n'aurait pas adopté le cahier spécial des charges en l'état et aurait veillé à obtenir toutes les garanties concernant la légalité de ce marché, avant de poursuivre la procédure d'attribution. Tenant compte de l'enjeu de ce marché et des délais qui lui sont impartis pour le mettre en œuvre, la partie requérante ne pouvait en effet pas s'exposer à un tel risque. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle a pris l'initiative de saisir l'autorité de tutelle avant d'adopter ledit cahier spécial des charges alors qu'elle n'était pas obligée de le faire.

[...].

Le deuxième est dès lors manifestement sérieux ».

B. Appréciation

1. La violation du principe de légitime confiance suppose trois conditions, à savoir une erreur de l'administration, une attente légitimement suscitée à la suite de cette erreur et l'absence d'un motif grave permettant de revenir sur cette reconnaissance.

2. Dans son courrier du 13 octobre 2016, la partie adverse a expliqué, à propos de la qualification

du marché, que « la fourniture et l'installation des éléments destinés à collecter les informations ne constituent qu'un moyen d'atteindre le but principal et final », que « l'important ne serait donc pas les moyens mis en œuvre pour collecter les informations, mais leur utilisation, la collecte n'étant que le préalable à leur exploitation ». Elle en conclut que le marché devrait être requalifié en marché de services et qu'il y aurait lieu alors d'omettre l'agrément comme critère de sélection. La position de l'autorité de tutelle est ainsi exposée sans ambiguïté. Si la requérante a répondu, le 3 novembre 2016, qu'elle ne pouvait se rallier à cette position dès lors, d'une part, que la part financière relative aux travaux est beaucoup plus importante que celle qui concerne les services et, d'autre part, que les fiches projet subsidiées par le FEDER renseignent une part relative aux travaux plus importante que celle dédiée aux services, il ne semble pas qu'il puisse être reproché à l'autorité de tutelle, laquelle agit en principe *a posteriori*, de n'avoir pas répondu à ce courrier. Force est d'ailleurs de souligner que ledit courrier se limite à apporter des réponses au courrier du 13 octobre et à exposer brièvement les deux raisons pour lesquelles la Ville de Namur marque son désaccord avec le point de vue de l'autorité de tutelle sur la qualification du marché, et qu'il ne comporte, formellement, aucune demande tendant à ce que la Région confirme ou infirme sa position, ni aucune invitation à un quelconque « dialogue » sur ce point.

En tout état de cause, il ne peut être considéré que la requérante ait été induite en erreur par ce silence, qui, contrairement à ce qu'elle soutient, ne pouvait être interprété comme une validation, par la partie adverse, de la qualification retenue, et qui ne peut donc avoir fait naître une attente légitime.

[...]

VI. Quant à l'urgence et à la recevabilité

L'une des deux conditions requises par l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, pour que celui-ci puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué fait défaut. La demande de suspension ne peut en conséquence être accueillie, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'autre condition ni sur la recevabilité de la demande.